

Die gerichtliche Hinterlegung nach Zürcher Zivilprozessrecht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der
UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde
eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
RENE BUSSIEN
von Hochdorf LU und Winterthur ZH

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Robert Hauser

ADAG Administration & Druck AG

Zürich 1981

Die gerichtliche Hinterlegung nach Zürcher Zivilprozessrecht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der
UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde
eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
RENE BUSSIEN
von Hochdorf LU und Winterthur ZH

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Robert Hauser

ADAG Administration & Druck AG

Zürich 1981

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät
gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender
Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen
Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 27. Mai 1981

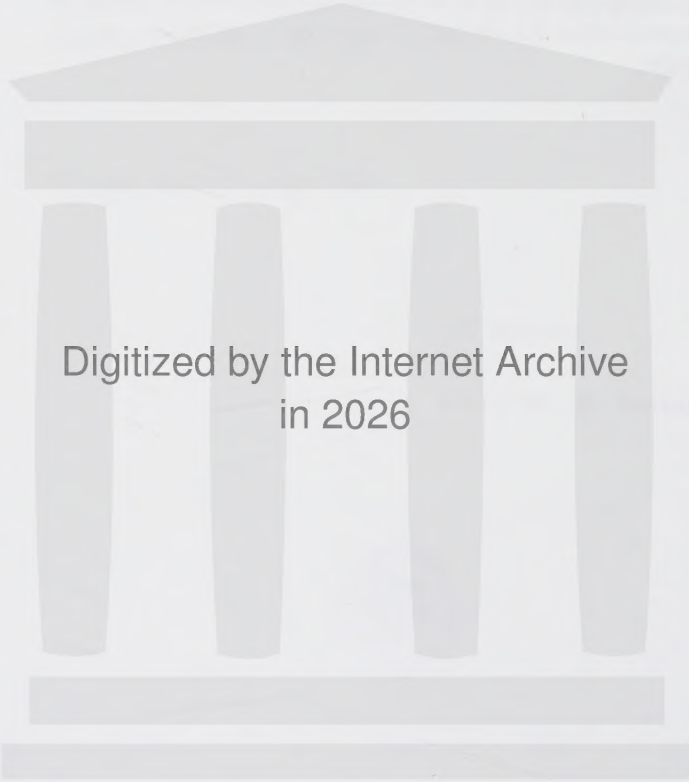
Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser



D A N K

An dieser Stelle sei all denjenigen mein bester Dank ausgesprochen, die zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben. Ganz besonders bedanken möchte ich mich bei Herrn Prof. R. Hauser für das grosszügige Wohlwollen in der Betreuung. Speziellen Dank verdient sodann meine Frau für ihre unermüdliche Hilfe und Geduld beim Abfassen der Reinschrift.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INHALT

Inhaltsverzeichnis	I
Literaturverzeichnis	XIV
Abkürzungsverzeichnis	XVIII
 1. KAPITEL: DIE VORAUSSETZUNGEN	 1
§ 1 Einleitung	1
§ 2 Die in den Gesetzen vorgesehenen Fälle der Hinterlegung	3
A. Im ZGB	3
I. Art. 760 Abs. 3 ZGB	3
II. Art. 774 Abs. 1 ZGB	5
III. Art. 861 Abs. 2 ZGB	7
IV. Art. 906 Abs. 3 ZGB	8
B. Im OR	12
V. Art. 36 OR	12
VI. Art. 70 OR	14
VII. Art. 92 - 94 OR	16
VIII. Art. 96 OR	18
IX. Art. 168 OR	21
X. Art. 444 Abs. 1, Art. 451 und Art. 453 OR	26
XI. Art. 472 - 491 OR	31
XII. Art. 744 OR	35
XIII. Art. 770 OR	38
XIV. Art. 823 OR	38
XV. Art. 913 OR	39
XVI. Art. 987 Abs. 1 OR	39
XVII. Art. 1032 OR	41
XVIII. Art. 1072 OR	42
XIX. Art. 1080 OR	43
XX. Art. 1098 OR	44

C. Im SchKG	44
XXI. Art. 24 SchKG	44
XXII. Art. 182 Ziff. 4 und Art. 184	
Abs. 2 SchKG	46
D. Einführungsgesetz zum ZGB	47
XXIII. § 245 a EG zum ZGB	47
§ 3 Subjekt und Objekt der Hinterlegung	49
A. Die Subjekte der Hinterlegung	49
I. Der Schuldner	49
II. Die Solidarschuld	51
III. Die Gesamtgläubigerschaft	51
IV. Der Dritte	52
V. Der Rechtsnachfolger	54
VI. In der Zwangsvollstreckung und im Konkurs	55
B. Die Objekte der Hinterlegung	57
I. Geld, Wertpapiere und andere bewegliche Sachen	57
II. Die Hinterlegung von Schiedsgerichtsurteilen	61
§ 4 Die Hinterlegungsarten und ihre Abgrenzungen	63
I. Die Hinterlegung als Erfüllung	64
II. Die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat	66
III. Die Hinterlegung als Sicherheitshinterlegung	70
IV. Die Sicherheitshinterlegung im Zürcher Zivilprozessrecht	72
V. Die Abgrenzung der Erfüllungshinterlegung bzw. Hinterlegung als Erfüllungssurrogat von der Sicherheitshinterlegung	75

VI. Die Hinterlegung als blosser Aufbewahrung	76
1. Das Verwahrungsdepot	77
2. Die Sequestration	77
3. Der darlehensartige Hinterlegungsvertrag oder das depositum irregulare	78
§ 5 Die Mietzinshinterlegung	80
I. Die Mietzinshinterlegung zwecks Abwendung der Ausweisungsandrohung nach Art. 265 OR	80
a) Nach Gesetz	80
b) Nach Vertrag	81
c) Die Zürcherische Rechtsprechung	82
d) Kritik an der Zürcherischen Rechtsprechung	85
II. Die Mietzinshinterlegung zwecks Abwendung der Retention nach Art. 266 OR	89
§ 6 Der Begriff der Hinterlegung	91
I. Allgemeines	91
II. Die gerichtliche Hinterlegung	92

2. KAPITEL: DAS VERFAHREN	95
§ 7 Einleitung	95
§ 8 Die gesetzlichen Vorschriften	97
A. Die neue und die alte Zivilprozessordnung	97
I. Die alte Zivilprozessordnung von 1913	97
1. Das Verfahren in nichtstreitigen Rechtssachen	97
2. Das nichtstreitige Verfahren als Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit	98
3. Das nichtstreitige Verfahren und das Verwaltungsverfahren	100
II. Die Ueberlegungen der Experten- und der Kantonsratskommission	101
III. Das summarische Verfahren der geltenden ZPO	103
1. Das summarische Verfahren als abgekürztes Verfahren	103
2. Die Abgrenzung gegenüber dem Befehlsverfahren	105
B. Die Verordnung des Obergerichts über die Verwaltung von Depositen, Kautionen und Effekten vom 23. November 1960	106
§ 9 Der Ort der Hinterlegung	108
A. Definition und Abgrenzung	108
B. Die Herleitung des Hinterlegungsortes	108
I. Im pendenten Prozessverfahren	108
II. Im separaten Hinterlegungsverfahren	109
C. Die nicht am Erfüllungsort erfolgte Hinterlegung	110
D. Das Verhältnis zwischen dem Erfüllungsort und dem Hinterlegungsort	111

I. Allgemeines	111
II. Bei Zahlungen nach Art. 861 Abs. 2 ZGB (Schuldbrief und Gült)	111
III. Der Hinterlegungsort bei Präten- dentenstreit nach Art. 168 OR	112
E. Das Verhältnis des Hinterlegungsortes zum Gerichtsstand	113
I. Die Gerichtsstandgarantie nach Art. 59 BV	113
II. Die Zürcher Zivilprozessordnung	114
F. Ausnahmen	114
I. Die Distanzgeschäfte im allgemeinen	114
II. Die Streitfälle aus Frachtvertrag im Speziellen	115
G. Der Ort der Rückgabe der Hinterlage	116
§ 10 Die Hinterlegungsstelle	117
A. Definition und Abgrenzung	117
B. Die Funktion der Hinterlegungsstelle	117
C. Die Hinterlegung bei der falschen Hinterlegungsstelle	118
D. Die verschiedenen Arten von Hinter- legungsstellen	119
I. Die Hinterlegungsstelle bei Hinter- legung von Barbeträgen	120
1. Die Gerichtskasse als wichtigste Hinterlegungsstelle	120
2. Die Hinterlegung zur Bewilligung des Rechtsvorschlages nach Art. 182 Ziff. 4 SchKG	122
II. Die Hinterlegungsstelle bei Hinter- legung von Wertschriften	122
III. Die sogenannte erleichterte Hinter- legung	123
IV. Die Hinterlegung von Warenscheinen	124

§ 11 Die Durchführung der Hinterlegung	126
A. Allgemeines	126
B. Die Einteilung in Vorverfahren und Hauptverfahren	127
I. Die gerichtliche Hinterlegung als Vorverfahren	127
1. Allgemeines zum Begriff des Vorverfahrens	127
2. Zur Prozesseinleitung nach dem Vorverfahren	128
3. Die Folgen der nicht durchgeführten Sühnverhandlung	129
4. Die gerichtliche Hinterlegung als Vorverfahren	129
5. Die Unterschiede des Verfahrens der gerichtlichen Hinterlegung zum Sühnverfahren	132
II. Das anschliessende Hauptverfahren vor dem ordentlichen Richter	133
C. Die Glaubhaftmachung hinreichender Gründe nach § 220 ZPO	134
I. Allgemeines	134
II. Definition	135
1. Die Definition nach Guldener	135
2. Die Definition nach Homberger	135
D. Der Rechtsgang	136
I. Das Begehren	136
1. Das Gesuch	136
2. Die Form des Gesuchs	136
II. Das Vernehmlassungsverfahren	137
1. Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs	137
2. Der Inhalt der Vernehmlassung	138
3. Die Folgen der Vernehmlassung	139

III. Der Entscheid des Einzelrichters im summarischen Verfahren	139
1. Der Entscheid als Verfügung	139
2. Die provisorische und die superprovisorische Bewilligung	140
3. Die Begründung des Entscheids	141
4. Die Fristansetzung zur Einreichung der Klage im ordentlichen Verfahren	142
5. Die Mitteilung des Entscheids	147
6. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen	147
7. Die Rechtsmittel	148
8. Die Rechtskraft des Entscheids	148
9. Ist der Entscheid prozessleitend oder prozesserledigend ?	149
E. Die Herausgabe der Hinterlage	150
I. Während des Verfahrens	151
1. Nach Erlass einer superprovisorischen Bewilligung	151
2. Nach Versäumnis der angesetzten Klagefrist	151
II. Nach Abschluss des Verfahrens	151
1. Durch den ordentlichen Richter	151
2. Bei periodischer Durchsicht des Depositenverzeichnis	152
III. Bei Rückzug des Hinterlegungsbehrens	152

3. KAPITEL: DIE RECHTLICHE NATUR DES VERFAHRENS	153
§ 12 Einleitung	153
§ 13 Die gerichtliche Hinterlegung und der Unterschied zwischen materiellem Bundesrecht und kantonalem Verfahrensrecht	155
A. Allgemeines	155
B. Die Abgrenzung des Bundesprivatrechts zum kantonalen Zivilprozessrecht	156
I. Der Unterschied zwischen dem Privatrecht und dem Prozessrecht	156
1. Allgemeines	156
2. Die Kompetenz der Kantone zum Erlass von Prozessrecht	156
3. Das Privatrecht	157
4. Das Zivilprozessrecht	158
II. Die Bedeutung der Unterscheidung für die Rechtsanwendung im allgemeinen und für die gerichtliche Hinterlegung im speziellen	159
C. Das Verhältnis des Bundesprivatrechts zum kantonalen Zivilprozessrecht	160
I. Allgemeines	160
II. Die wechselseitige Beziehung zwischen Bundesprivatrecht und kantonalem Prozessrecht	161
1. Die Auswirkungen des Bundesprivatrechts auf das kantonale Zivilprozessrecht	162
2. Die Auswirkungen des kantonalen Zivilprozessrechts auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse	168
3. Die Ausfüllung von Lücken des kantonalen Zivilprozessrechts durch das Bundesprivatrecht	172

III. Die sekundäre Rolle des Zivilprozess-	
rechts	173
§ 14 Die gerichtliche Hinterlegung und die Ab-	
grenzung des öffentlichen Rechts zum	
Privatrecht	175
A. Allgemeines	175
B. Die Kriterien der Unterscheidung	176
I. Die Interessentheorie	177
II. Die Subordinationstheorie	177
III. Die Subjektstheorie	178
IV. Das Kriterium der Konsequenz	179
C. Die Folgen der Unterscheidung	180
I. Der Rechtsgang und die Rechtsmittel	180
1. Der Rechtsgang	180
2. Die Rechtsmittel	181
II. Die Haftung	181
D. Der Kontrahierungszwang	182
E. Die Unterscheidung zwischen dem Grund-	
verhältnis und dem Hinterlegungsver-	
hältnis	185
I. Das Hinterlegungsverfahren	185
II. Der Unterschied zwischen dem Grund-	
verhältnis und dem Hinterlegungs-	
verhältnis	185
1. Das Grundverhältnis	185
2. Das Hinterlegungsverhältnis	186
F. Zusammenfassung	189
§ 15 Die gerichtliche Hinterlegung als einzel-	
richterliches Verfahren	190
A. Allgemeines	190
B. Das Kollegialgericht und der Einzel-	
richter	190

C. Die gerichtliche Hinterlegung nach dem geltenden Zivilprozessrecht	191
D. Die Mitwirkung des Gerichtsschreibers bzw. Gerichtssekretärs	193
§ 16 Die gerichtliche Hinterlegung als summarisches Verfahren	195
A. Allgemeines	195
B. Die Stellung der gerichtlichen Hinterlegung im summarischen Verfahren der Zürcher Zivilprozessordnung	196
I. Die Bedeutung der gerichtlichen Hinterlegung als summarisches Verfahren	196
II. Die Abgrenzung gegenüber den Fällen von § 221 ZPO	197
III. Die Abgrenzung gegenüber dem Verwaltungsverfahren	197
C. Die wichtigsten Merkmale	198
I. Die Zuständigkeit und der Verfahrensablauf	198
II. Die Säumnisfolgen	199
III. Die Rechtskraft	200
§ 17 Folgerungen aus der rechtlichen Natur der gerichtlichen Hinterlegung	201
A. Allgemeines	201
B. Die gerichtliche Hinterlegung im Lichte der wichtigsten Kriterien ihrer Rechtsnatur	201
I. Rechtsprechung und Rechtsanwendung	201
II. Das Verwaltungsverfahren	202
III. Das nichtstreitige Verfahren	204
C. Die Folgerungen	204

4. KAPITEL: DIE WIRKUNGEN	207
§ 18 Einleitung	207
§ 19 Die Wirkungen der Hinterlegung im Grundverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner	210
A. Allgemeines	210
B. Die Wirkungen der Sicherheitsleistung	211
I. Die Sicherheitshinterlegung im all- gemeinen	211
II. Die rechtliche Konstruktion der Sicherheitshinterlegung	212
C. Die Wirkungen der Hinterlegung als Erfüllung	213
D. Die obligatorischen Wirkungen der Hinterlegung als Erfüllungssurrogat	214
I. Die Befreiung	214
II. Die Nebenrechte	215
III. Der Uebergang von Kosten und Gefahr	215
IV. Die Zinsfreiheit	216
V. Der Ausschluss der Verrechnung nach Art. 125 OR	216
E. Der Schwebezustand	217
I. Der Eintritt und die Wirkungen	217
II. Die Anzeigepflicht	218
III. Die Beendigung des Schwebezustandes	220
1. Das Rücknahmerecht des Schuldners	220
2. Die Annahmeerklärung des Gläubigers	221
3. Der Zusammenhang zwischen Rück- nahnerecht und Annahmeerklärung	222
4. Das Urteil des ordentlichen Richters	223
F. Die Schuldbefreiung	224
I. Der Unterschied zwischen Befreiung und Erfüllung	224
II. Der Moment der Schuldbefreiung	225
III. Die Folgen der Schuldbefreiung	225

§ 20 Die Wirkungen der Hinterlegung im Hinterlegungsverhältnis zwischen Hinterleger und Hinterlegungsstelle	226
A. Allgemeines	226
B. Das Hinterlegungsverhältnis als Hinterlegungsvertrag	227
I. Der Hinterlegungsvertrag	227
1. Der Inhalt des Vertrages	227
2. Die Essentialia des Vertrages	229
3. Die Rechtsnatur des Vertrages	229
II. Ist der Hinterlegungsvertrag privates oder öffentliches Recht ?	230
1. Die privatrechtliche Meinung	230
2. Andere Meinungen	231
C. Das Hinterlegungsverhältnis als Vertrag zugunsten Dritter	232
I. Die Hinterlegung als Erfüllung bzw. Erfüllungssurrogat	232
II. Die Hinterlegung als Sicherstellung	235
D. Die dinglichen Wirkungen der Hinterlegung	236
I. Allgemeines zu den dinglichen Wirkungen	236
II. Der Besitz	237
1. Die Besitzverhältnisse vor der Annahme bzw. Rücknahme	237
2. Die Besitzverhältnisse nach der Annahme bzw. Rücknahme	238
III. Stück (Species-)schulden und Gattungsschulden (Genus-)schulden	239
1. Die Hinterlegung von Geld und anderen Gattungsschulden	239
2. Die Hinterlegung von Stückschulden	240

IV. Das Eigentum	240
1. Die Eigentumsübertragung im allgemeinen	240
2. Die Eigentumsübertragung und die Hinterlegung	240
§ 21 Die Wirkungen der Hinterlegung im Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Hinterlegungsstelle	242
A. Allgemeines	242
B. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und der Hinterlegungsstelle	242
C. Der Herausgabeanspruch	243
I. Die Grundlagen	243
II. Der Herausgabeanspruch als unmittel- barer und selbständiger Anspruch	244
III. Die Klagbarkeit des Anspruches	245
1. Allgemeines	245
2. Der Gerichtsstand	245

LITERATURVERZEICHNIS

(Alle Werke mit Ausnahme derjenigen, bei welchen in Klammern eine abgekürzte Bezeichnung beigefügt ist, werden mit dem Namen des Verfassers zitiert).

- Amsler, R.: Die Sicherheitsleistung im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1951.
- Bader, H.: Die Hinterlegung als Sicherheitsleistung, in ZBJV 61, 497 ff.
- Baumann M.: Das Versäumnisverfahren im summarischen Verfahren nach Zürcher Zivilrecht, Diss. Zürich, 1957.
- Baur, E.: Das summarische Verfahren nach zürcherischem Recht, Diss. Zürich 1927.
- Becker, H.: Kommentar zum Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2. Auflage, Bern 1941
- Biedermann, J.: Die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat, Diss. Zürich 1944.
- von Büren, B.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964.
- Bürgi, W./
Nordmann, D.: Kommentar zum Aktienrecht, Art. 739-779 OR, Zürich 1979.
- Burckhardt, W.: Schweizerisches Bundesrecht, Frauenfeld 1930.
- Cyhlarz, N.: Die gerichtliche Deposition der Schuld, in Grünhuts Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht, Band 6, Wien 1876.
- Fleiner, T.: Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, 2. Auflage Zürich 1980 (Fleiner-Gerster).
- Forstmoser, P./
Meier-Hayoz, A.: Einführung in das Schweizerische Aktienrecht, Bern 1976.
- Fritzsche, H.: Schuldbetreibung und Konkurs nach Schweizerischem Recht, 2 Bände, 3. Auflage, Zürich 1975.
- Funk, F.: Kommentar zum Obligationenrecht, Aarau 1951.
- Gautschi, G.: Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 440-457 (Frachtvertrag), Bern 1962.

- Giger, H.: Der Leasingvertrag, Systematische Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des Finanzleasing, Bern 1977.
- Guhl, T./ Merz, H./:
Kummer, M.: Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Auflage, Zürich 1980.
- Guldener, M.: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979.
- Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich 1954 (Guldener, FGB).
- Interkantonales und internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1951 (Guldener IZR).
- Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, in ZSR 80 II S. 3 ff. (Guldener, in ZSR 80).
- Zwangsvollstreckung und Zivilprozessrecht, in ZSR 74, S. 20 ff. (Guldener, Zwangsvollstreckung).
- Gutzwiller, M.: Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 828-926 OR (Genossenschaft), Zürich 1972.
- Hauser, W./:
Hauser, R.: Erläuterungen zum Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich vom 29. Januar 1911, Zürich 1978.
- Homberger, A.: Das Sachenrecht, Kommentar zu Art. 919-977 ZGB, Zürich 1928.
- Imboden, H.: Die Hinterlegung als Folge des Gläubigerverzuges nach schweizerischem und deutschem Recht, Diss. Leipzig 1918.
- Jaeger, C.: Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 2 Bände, Zürich 1911.
- Janggen, K./:
Becker, H.: Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 772-827 OR (Gesellschaft mit beschränkter Haftung), Bern 1939.
- Kölz, A.: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978.
- Kummer, M.: Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht, Bern 1954 (Kummer, Klagerecht).
- Grundriss des Zivilprozessrechts, 3. Auflage, Bern 1978.
- Leemann, H.: Kommentar zum ZGB, Sachenrecht, 2. Auflage, Bern 1920.

- Oftinger, K.: Kommentar zum ZGB, Das Fahrnispfand, 2. Auflage, Zürich 1952.
- Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht, in ZSR 57, S. 481 a ff.
- Oser, K./
Schönenberger, H.: Kommentar zum Obligationenrecht, 2. Auflage, Zürich 1945.
- Ostertag, F.: Die Hinterlegung zugunsten Dritter in SJZ, 353 ff.
- Portmann, P.: Die gerichtliche Hinterlegung, Diss. Zürich 1913.
- Ranschoff, P.: Die Hinterlegung zum Zwecke der Schuldbefreiung nach Gemeinem Recht und dem Rechte des B.G.B., Diss. Göttingen 1901.
- Reichel, A.: Ueber den Einfluss des ZGB auf das kantonale Prozessrecht, in SJZ 6, S. 10 ff.
- Riemer, I.: Die Wechselbetreibung nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1924.
- Rossel, V.: Manuel du droit fédéral des obligations, Band I, 4. Auflage, Lausanne/Genf 1920.
- Schmidlin, A.: Die Bewilligung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung unter Hinterlegung der Forderungssumme gemäss Art. 182 Ziff. 4 SchKG, Diss. Zürich 1978.
- Schucany, E.: Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1960.
- Sprenger, W.: Entstehung, Auslegung und Auflösung des Mietvertrages für Immobilien (unter Berücksichtigung der zürchischen Gesetzgebung und Rechtspraxis), Diss. Zürich 1972.
- Stähelin, A.: Systematische Darstellung der Behandlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Schweizerischen Recht, Diss. Basel 1941.
- Die Hinterlegung zu Handen des Rechtes und der Prätendentenstreit, in BJM 1972, 225 ff.
- von Steiger, F.: Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 4. Auflage, Zürich 1970.
- von Steiger, W.: Kommentar zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Art. 772-827 OR, Zürich 1965.
- Sträuli, H./
Hauser, W.: Zürcherische Rechtspflegegesetze, 2. Band: Gesetz betreffend den Zivilprozess (ZPO) vom 13. April 1913, 2. Auflage, Zürich 1939.

- Sträuli, H./:
Messmer, G.: Kommentar zur Zürcher Zivilprozess-
 ordnung, Gesetz über den Zivilpro-
 zess vom 13. Juni 1976,
 Zürich 1976.
- von Tuhr, A./:
Escher, P.: Allgemeiner Teil des Schweizerischen
 Obligationenrecht, 3. Auflage,
 Zürich 1974 (von Tuhr II).
- von Tuhr, A./:
Peter, H.: Allgemeiner Teil des Schweizerischen
 Obligationenrechts, 3. Auflage,
 Zürich 1974 (von Tuhr I).
- Tuor, P./
Schnyder, B.: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch,
 9. Auflage, Zürich 1979 (Nachdruck).
- Walder, H.U.: Der neue Zürcher Zivilprozess, Ein
 Handbuch, 2. Auflage, Zürich 1979.
- Weiss, G.: Einleitung zum Aktienrecht,
 Zürich 1957.
- Wettstein, H.R.: Die Aufgabe der freiwilligen Ger-
 ichtsbarkheit als Teil des Zivil-
 verfahrens, Diss. Zürich 1957.

Periodika

- Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs, Wädenswil 1937 ff.
 (Bl f SchKG).
- Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, Zürich 1902 ff.
 (ZR).
- Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BBL)
- Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amt-
 liche Sammlung, Lausanne 1875 ff. (BGE).
- Schweizerische Juristen-Zeitung, Zürich 1904 ff. (SJZ).
- Semaine Judiciaire, Genf 1879 ff. (Sem Jud).
- Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern 1865 ff.
 (ZBJV).
- Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel 1852 ff., Neue Folge
 (NF) seit 1882 (ZSR).

Materialien

- Protokoll der Experten-Kommission betreffend die Revision
 der ZPO/GVG, Sitzungen 1-77 (23.6.1964 - 22.1.71), 3 Bände,
 unveröffentlicht (EK).
- Protokoll der Kantonsrats-Kommission für die Vorlage Nr. 1773
 (Gesetz über die Revision des Verfahrens in Zivilsachen),
 Sitzungen 1-41 (17.12.71 - 10.1.75), 1 Band, unveröffentlicht
 (KK).

ABKUERZUNGEN

a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
aZPO	Gesetz betreffend den Zivilprozess (ZPO) vom 13. April 1913
Bd.	Band
BG	Bundesgesetz
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
EGzZGB	Einführungsgesetz zum ZGB vom 2. April 1911
EK	Protokoll der Experten-Kommission
etc.	et cetera (Materialien)
f.	und folgende(r) (Seite, Artikel)
ff.	und folgende (Seiten, Artikel)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz vom 13. Juni 1976
i.e.S.	im engen Sinn
i.w.S.	im weiten Sinn
KK	Protokoll der Kantonsratskommission
Komm.	Kommentar (Materialien)
lit.	litera
m.E.	meines Erachtens
m.W.	meines Wissens
N., N.	Note
Nr.	Nummer(n)
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
OS	Offizielle Sammlung der seit 10.3.1831 erlassenen Gesetze, Beschlüsse und Verordnungen des Eidgenössischen Standes Zürich
S.	Seite
SchKG	Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889/28. September 1949

SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StenBull	Stenografisches Bulletin
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937
StPO	Strafprozessordnung
StVG	Gesetz über das kantonale Strafrecht und den Vollzug von Strafen und Mass- nahmen vom 30. Juni 1974
u.a.	und andere, unter anderem/anderen
usw.	und so weiter
V	Verordnung
vgl.	vergleiche
VRG	Gesetz über den Rechtsschutz in Ver- waltungssachen (Verwaltungsrechts- pflegegesetz) vom 24. Mai 1959
z.B.	zum Beispiel
ZG	Zürcher Gesetzessammlung (Bände 1-6)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
Ziff.	Ziffer(n)
ZPO	Gesetz betreffend den Zivilprozess (ZPO) vom 13. Juni 1976

1. KAPITEL: DIE VORAUSSETZUNGEN.

§ 1 Einleitung.

Nach § 220 der Zürcher Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976 (1) bewilligt der Einzelrichter die Hinterlegung von Geld, Wertpapieren und andern beweglichen Sachen, wenn hinreichende Gründe glaubhaft gemacht werden. Diese Generalklausel ergänzt die Hinterlegungsstatbestände der §§ 213, 215 und 219 ZPO und ist gleichzeitig Auffangtatbestand für alle Fälle der Hinterlegung (2).

Erste Voraussetzung für die richterliche Bewilligung der Hinterlegung ist ein geltend zu machender Hinterlegungsanspruch. Dieser Anspruch muss sich stets entweder aus materiellem Recht ergeben (3), oder die Hinterlegung muss zwischen den Parteien vertraglich abgemacht worden sein (4).

Die vertragliche Vereinbarung der Hinterlegung ist im Rahmen der durch Art. 19 OR garantierten Vertragsfreiheit soweit erlaubt, als der Vertrag nicht einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst (5). Alle Arten der Hinterlegung (6) können innerhalb dieser Grenzen vereinbart werden. Ein Beispiel solch zulässiger Parteivereinbarung ist der Zürcher Miet-

-
- (1) § 392 Abs. 1 a ZPO vom 13. April 1913 lautete:
"Die gerichtliche Hinterlegung von Geld, Wertschriften und andern beweglichen Sachen bedarf der Erlaubnis des Einzelrichters. Sie wird erteilt, wenn hinreichende Gründe dafür glaubhaft gemacht werden."
 - (2) Sträuli/Messmer, N 1 zu § 220 ZPO; von Tuhr/Escher, N 12, S. 78.
 - (3) Sträuli/Messmer, N 2 zu § 220 ZPO.
 - (4) Sträuli/Messmer, N 10 zu § 220 ZPO; für die Abwendung des Ausweisverfahrens: Sprenger, S. 104; vgl. hinten, S. 83 ff.
 - (5) Art. 20 OR.
 - (6) vgl. § 4, S. 63.

vertrag (7), der die Hinterlegung streitiger Mietzinsen ausdrücklich vorsieht (8).

Das materielle Recht sieht die Hinterlegung in zahlreichen Bestimmungen vor. Diese Artikel in ZGB, OR SchKG und Einführungsgesetz zum ZGB werden nachfolgend im Sinne einer "Auslegeordnung" vorgestellt (9). Dabei wird als Ergebnis die Frage nach den verschiedenen Arten von Hinterlegungen (Erfüllung, Erfüllungssurrogat, Sicherheitsleistung) zu beantworten sein, wobei die Fälle der Sicherheitshinterlegung infolge ihrer Weitläufigkeit nur teilweise dargestellt werden können (10).

Im weiteren Verlauf dieses ersten Kapitels ist abzuklären, welches die Subjekte und die Objekte der Hinterlegung sein können (11). Und schliesslich ist die gerichtliche Hinterlegung, die im materiellen Recht nur in zwei Bestimmungen (Art. 36 und 168 OR) ausdrücklich erwähnt ist, begrifflich zu erfassen (12).

-
- (7) herausgegeben vom Kantonalverband der Zürcher Hauseigentümervereine, Ausgabe 1971/A, insbesondere Ziffer 3 (Verrechnung) des Vertrages. Gleichlautend auch Ziff. 1 der Allgemeinen Bedingungen zum Mietvertrag, herausgegeben von der Vereinigung Zürcher Immobilienfirmen (VZI), Ausgabe 1972.
- (8) vgl. § 5, S. 80 ff.
- (9) vgl. § 2, S. 3 ff.
- (10) vgl. die Fälle von Sicherheitshinterlegung bei Ostertag, S. 354.
- (11) vgl. § 3, S. 49 ff.
- (12) vgl. § 6, S. 61 ff.

§ 2 Die in den Gesetzen vorgesehenen Fälle der Hinterlegung.

A. Im Zivilgesetzbuch.

I. Art. 760 Abs. 3 ZGB, Sicherstellung des Nutzniessungsgebers bei Wertpapieren.

Der Eigentümer einer Sache, an welcher die Nutzniessung bestellt worden ist, hat grundsätzlich das Recht auf Sicherstellung derselben (sog. cautio usufructuaria). Voraussetzung zu einem solchen Sicherungsanspruch ist eine Gefährdung der Eigentümerrechte (13). Auch ohne Nachweis der Gefährdung kann der Eigentümer schon vor Uebergabe der Sache oder auch nachträglich (14) diese Sicherheit verlangen, wenn verbrauchbare Sachen oder Wertpapiere den Gegenstand der Nutzniessung bilden (Art. 760 Abs. 2 ZGB).

Als Sicherungsmittel kommen in Betracht: Pfandbestellung, Bürgschaft, Hinterlegung.

Für die Sicherstellung von Wertpapieren genügt die Hinterlegung, auch ohne Nachweis einer Gefährdung (Art. 760 Abs. 3 ZGB). Die Wertpapiere werden bei der Hinterlegungsstelle (15) mit der Bestimmung hinterlegt, dass die Herausgabe nur von Nutzniesser und Eigentümer gemeinschaftlich, d.h. bei Begehren des einen mit der Bewilligung des andern, verlangt werden kann, während die Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine im alleinigen Besitz des Nutzniessers bleiben (16).

Dafür, dass bei Nutzniessung an Wertpapieren Sicherstellung verlangt werden kann, ist einzig das Objekt, eben das Wert-

(13) Kommentar Leemann zum Sachenrecht, N 2 zu Art. 760 ZGB.

(14) Leemann, N 9 zu Art. 760 ZGB.

(15) Nicht beim Eigentümer, da der Sicherungszweck dann nicht gewährleistet wäre.

(16) Leemann, N 11 zu Art. 760 ZGB.

papier, massgebend und nicht etwa auch die Rechtsform der Nutzniessung. Ob eigentliche oder uneigentliche Nutzniessung vorliege, wirkt sich aber auf die Form der Sicherstellungspflicht aus (17). Die besondere Gefahr liegt in diesen Fällen in der grossen Verkehrsfähigkeit der Wertpapiere, ferner in gewisser Hinsicht in den Kursschwankungen, welche den Nutzniesser an Wertpapieren zu Veräusserungen zwingen könnte, wenn er nicht sicherstellen muss.

Den Wertpapieren sind gleichgestellt Sparkassahefte und Kaufforderungstitel, die den Inhaber zum Empfang von Rückzahlungen berechtigen (18).

Die Zürcher Zivilprozessordnung erwähnt den Hinterlegungstatbestand von Art. 760 Abs. 3 ZGB nicht ausdrücklich. Indessen ist nicht auszuschliessen, dass die Hinterlegung als Sicherstellung der Nutzniessungsansprüche bei Wertpapieren auch mittels richterliche Anordnung erfolgen kann.

Daher ist der Tatbestand unter die Generalklausel von § 220 ZPO zu subsumieren.

(17) Leemann, N 7 zu Art. 760 ZGB.

Von einer uneigentlichen Nutzniessung spricht man in den Fällen der nutzniessungsähnlichen Verhältnisse an verbrauchbaren Sachen, an Geld, Wein, Getreide etc. Die Sache geht hier nicht nur, wie bei der eigentlichen Nutzniessung an unverbrauchbaren Sachen (Liegenschaften etc.), in den Besitz, sondern in das Eigentum des Nutzniessers über, der sie beliebig verwenden und verbrauchen kann und nach Beendigung des Rechtsverhältnisses zur Rückgabe des Sachwertes oder von Gegenständen gleicher Qualität gehalten ist (Tuor/Schnyder, S.621). In diesen Fällen der uneigentlichen Nutzniessung besteht für den Eigentümer keine dingliche Sicherheit. Auch fallen die Wertpapiertitel bei der uneigentlichen Nutzniessung in die Konkursmasse des Nutzniessers, da sie in seinem Eigentum stehend, zu seinem Vermögen gehören (Art 197 SchKG). Daher sind in diesen Fällen andere Mittel als die Hinterlegung zur Sicherstellung angezeigt, z.B. Pfandbestellung oder Bürgschaft.

(18) SJZ 4, S. 159, Nr. 472.

II. Art. 774 Abs. 1 ZGB, Rückzahlung bei Nutzniessung an Forderungen und andern Rechten.

Während bei der Nutzniessung an Forderungen der Anspruch auf den Ertrag allein dem Nutzniesser zusteht (19), ist demgegenüber das Rechtsverhältnis hinsichtlich der Rückzahlung des Kapitals analog zu der Bestimmung über unteilbare Leistungen (20) geregelt: Der Schuldner befreit sich aus dem Schuldverhältnis einzig dadurch, dass er das Kapital an den Nutzniesser und den Gläubiger gemeinsam oder an den vom andern zur Annahme Bevollmächtigten leistet (21).

An der Forderung des Gläubigers besteht auch eine Mitberechtigung des Nutzniessers (22). Der Schuldner bleibt aber dennoch aus dem Schuldverhältnis nur dem Gläubiger gegenüber verpflichtet (23).

Dieser Grundsatz gilt ebenso für die allmähliche Rückzahlung des Kapitals in Form von Annuitäten (24).

Der Schuldner hat sich vor der Leistung an den Gläubiger oder Nutzniesser über dessen Legitimation zu vergewissern. Liegt diesbezüglich ein Hindernis vor oder stösst die Leistung auf Schwierigkeiten, z.B.

(19) Art. 773 Abs. 1 ZGB.

(20) Art. 70 OR.

(21) Kommentar Leemann zum Sachenrecht, N 53 f. zu Art. 774 ZGB.

(22) von Tuhr/Escher, S. 375.

(23) Biedermann, S. 75.

(24) Annuitäten sind begrifflich solche Kapitaltilgungsraten, die in Form eines Zinszuschlages zu leisten sind und mit den Zinsen äusserlich nur eine Summe bilden. Annuitäten nach Art. 821 ZGB hingegen sind reine Kapitalzahlungen (exklusive Zins), wobei die Pfandschuld durch jährliche, einen Zwanzigstel des Kapitals betragenden Raten (= 5% der ursprünglichen Pfandsumme) abbezahlt werden (Leemann, N 2 zu Art. 821 ZGB).

durch die Verweigerung der Mitwirkung bei der Empfangnahme oder Fehlen der Zustimmung des einen Teils zur Leistung an den andern bei der Erfüllung an beide, so geraten Gläubiger und Nutzniesser in Annahmeverzug (25). Es liegt ein Fall von Art. 91 OR vor, indem auf der Gläubigerseite eine Vorbereitungshandlung verweigert wurde. Der Schuldner kann daher die Summe der Kapitalrückleistung für den Gläubiger und den Nutzniesser gemeinsam hinterlegen, und zwar in der Weise, dass die Rückleistung nur an den Gläubiger und den Nutzniesser gemeinsam ausbezahlt werden soll.

Der Gläubiger und der Nutzniesser ihrerseits können beide aber auch zum vorneherein die Hinterlegung für beide verlangen. Dies gebietet das Interesse beider, wenn der Andere die Mitwirkung zur Empfangnahme der schuldnerischen Leistung verweigert, wobei die Verweigerung bzw. das Fehlen der Zustimmung des Andern die verweigerte Vorbereitungshandlung in bezug auf die Annahme der Leistung ausmacht.

Die Zürcher Zivilprozessordnung sieht den Tatbestand von Art. 774 ZGB nicht ausdrücklich vor.

(25) BGE 45 II 256, SJZ 39 201.

III. Art. 861 Abs. 2 ZGB, Zahlungsort bei Schuldbrief und Gült.

Das Sachenrecht hat in den Art. 854 ff. ZGB unter dem Titel Grundpfandrecht gemeinsame Bestimmungen über Schuldbrief und Gült aufgestellt. Die Vorschriften über die Errichtung derselben enthalten auch Bestimmungen über den Zahlungsort.

Schuldbrief und Gült sind Pfandtitel und als solche Wertpapiere wie etwa Aktien oder Obligationen (26).

Die Pfandtitel begründen aber im Unterschied zu Aktien und Obligationen nicht eine Hol- und Präsentationsschuld, sondern eine Bringschuld: Der Schuldner hat Zins- und Kapitalrückzahlungen dem Gläubiger an dessen Wohnort zu leisten.

Aendert der Gläubiger seinen Wohnsitz, ohne dem Schuldner hiervor Kenntnis zu geben, so muss dieser den neuen Wohnort zu ermitteln suchen (27). Sind seine Nachforschungen ergebnislos, ist der Wohnsitz des Gläubigers also objektiv unbekannt, und ist auch kein Vertreter des Gläubigers da, an den die Zahlung geleistet werden könnte, so liegt Gläubigerungewissheit nach Art. 96 OR vor.

Der Schuldner kann den Betrag entweder am eigenen Wohnsitz oder am früheren Wohnsitz des Gläubigers auf Kosten und Gefahr des Gläubigers hinterlegen.

Das Gleiche gilt, wenn der Wohnsitz des Gläubigers zum Nachteil des Schuldners verlegt worden ist (indem dieser zu Nachforschungen oder zur Einholung von Auskünften gezwungen wird), oder wenn der Gläubiger seinen Wohnsitz im Ausland genommen hat, wodurch die Kosten und die Gefahr der Uebermittlung des Geldbetrages sich erheblich erhöhen.

(26) Tuor/Schyder, S. 704.

(27) Leemann, Kommentar zum Sachenrecht, N 3 zu Art. 861 ZGB.

Zwar befreit die Hinterlegung den Schuldner von der weiteren Leistungspflicht, verschafft ihm aber nicht etwa den Pfandtitel, wenn er das Kapital abbezahlt hat.

Ebensowenig hat die Hinterlegung die Wirkung, die Forderung am Hinterlegungsort zu lokalisieren für Arrest oder Pfändung, während der Titel sich an einem andern Ort befindet (28).

Die Zürcher Zivilprozessordnung ordnet die Hinterlegung nach Art. 861 ZGB in § 215 Ziff. 40 ZPO.

IV. Art. 906 Abs. 3 ZGB, Zahlungen des Schuldners bei Pfandrecht an Forderungen und andern Rechten.

Art. 906 ZGB gehört zusammen mit Art. 900 und Art. 901 zu den wichtigsten Vorschriften des Pfandrechtes an Rechten (29).

Neben der Frage der Kompetenz zur Verwaltung einschliesslich der Einziehung der verpfändeten Forderung regelt die Bestimmung das Verhältnis zwischen dem Drittschuldner einerseits und dem Verpfänder sowie dem Pfandgläubiger anderseits. Wem soll der Drittschuldner seine fällige Leistung erbringen?

Die Beantwortung der Frage ist kontrovers. Leemann (30) ist der Meinung, das Recht zur Einziehung der verpfändeten Forderung stehe allein dem Verpfänder zu, ebenso wie das Kündigungsrecht. Der Pfandgläubiger könne nur dann die Kündigung und Einziehung durch den Verpfänder verlangen, wenn

(28) Leemann, Kommentar zum Sachenrecht, N 5 und 6 zu Art. 861 ZGB.

(29) Oftinger, N 2 zu Art. 906 ZGB.

(30) N 2 zu Art. 902 ZGB.

dies nach den Regeln einer sorgfältigen Verwaltung geboten sei, was im Falle der Gefährdung einer Forderung zutreffe.

Oftinger dagegen (31) vertritt die Meinung, Abs. 1 von Art. 906 ZGB sei unmissverständlich formuliert. Wohl sei die Kündigung Sache des Verpfänders; werde sie vom Pfandgläubiger vorgenommen, sei sie wirkungslos. Der Pfandgläubiger besitze aber von Gesetzes wegen keinerlei Gläubigerbefugnisse hinsichtlich der verpfändeten Forderung. Der Verpfänder scheine als Gläubiger der verpfändeten Forderung auch zur Inempfangnahme der Leistung des Drittschuldners befugt zu sein. Indessen sei ihm, dem Pfandgläubiger, schon auf Grund des Pfandvertrages zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger verwehrt, die Leistung des Drittschuldners einzukassieren. Dadurch würde das Pfandrecht illusorisch gemacht. Die zur Sicherung des Pfandgläubigeranspruches gegenüber dem Verpfänder bestehende Forderung des Verpfänders gegenüber dem Drittschuldner würde diesfalls als Sicherheit nicht mehr bestehen. Daher könne sich der Drittschuldner nur durch Hinterlegung des Betrages befreien.

Fest steht, dass der Drittschuldner an den Pfandgläubiger leisten kann, wenn dies vom Verpfänder verlangt wird (32). An den Verpfänder darf er nur dann leisten, wenn der Pfandgläubiger seine Zustimmung gibt.

Ist der Schuldner einmal von der Verpfändung benachrichtigt worden und ist ihm dann nicht etwa die Wiederaufhebung vom Pfandgläubiger angezeigt worden, darf der Schuldner nur an Verpfänder und Pfandgläubiger gemeinsam leisten. Der Schuldner leistet dann nur an den einen, aber mit Einwilligung des andern.

(31) N 19 zu Art. 906 ZGB.

(32) SJZ 34 16.

Für das konkrete Vorgehen des Drittschuldners ergibt sich demnach, ähnlich wie bei Art. 774 ZGB, das folgende: Verlangt im Fall, da die Forderung eingezogen worden ist, der Verpfänder auf Verlangen des Pfandgläubigers die Zahlung, und macht er aber keine näheren Angaben darüber, an wen genau - an ihn selber oder an den Pfandgläubiger - zu leisten sei, muss der eine (Verpfänder oder Pfandgläubiger) zur Leistung an den andern (Pfandgläubiger oder Verpfänder) einwilligen. Dafür, dass diese Einwilligung erfolgte, ist der Drittschuldner beweispflichtig. Dabei kann er verlangen, dass ihm eine schriftliche Erklärung übergeben wird, bevor er zu zahlen braucht (33). Bleibt dieser Beweis aus, so kommt die Gläubigerseite in Annahmeverzug, indem sie eine zur Erfüllung nötige Vorbereitungshandlung unterlässt. Die Zahlung des Drittschuldners an einen der beiden ohne Einwilligung des andern ist unwirksam, das Pfandrecht und die Forderung zu Gunsten des Verpfänders bleiben bestehen. Bei Gläubigerverzug ist der Schuldner im allgemeinen zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet, die geschuldete Sache zu hinterlegen (Art. 92 OR). Im Fall des Art. 906 Abs. 3 ZGB hingegen ist der Schuldner nicht bloss berechtigt, sondern verpflichtet, den geschuldeten Betrag zu hinterlegen (34), wobei die Pflicht zur Hinterlegung als Surrogat der Pflicht zur Zahlung aufzufassen ist. Ohne Annahme einer solchen Pflicht wäre der Pfandgläubiger zu seinem Nachteil der Gefahr ausgesetzt, dass der Verpfänder durch die Verweigerung der Einwilligung das dem Pfandgläubiger erwünschte rechtzeitige Ausscheiden des geschuldeten Betrages aus dem Bereich des Drittschuldners verhindern könnte (35). Die Pflicht zur Hinterlegung

(33) Leemann, N 18 zu Art. 906 ZGB.

(34) Leemann, N 24 zu Art. 906 ZGB; gl.M. Oftinger, N 30 zu Art. 906 ZGB; ausführlich dazu Biedermann, S. 76; BGE 45 II 256/7.

(35) Oftinger, N 30 zu Art. 906 ZGB.

ist die Ergänzung der in Abs. 1 von Art. 906 ZGB dem Pfandgläubiger eingeräumten Befugnis, die Einziehung der Forderung zu verlangen.

Unterbleibt die Hinterlegung, so hat der Schuldner Verzugszinsen gemäss Art. 102/104 OR zu bezahlen.

Die Rechtsfolge von Art. 906 Abs. 2 und 3 ZGB tritt auch dann ein, wenn der Drittschuldner ohne Anzeige zweifelsfrei Kenntnis von der Verpfändung erlangt hat.

Die Hinterlegung kann ebenfalls erfolgen bei einem Pfandrecht auf der eigenen Schuld (36).

Anders und im Gegensatz zu Art. 91 ff. OR schliesst der Gläubigerverzug nach Art. 906 ZGB den Schuldnerverzug nicht zum vorneherein aus (37). Indessen bezieht sich der Verzug des Schuldners nicht auf die Zahlung, sondern auf die Hinterlegung. Daher sind in diesem Fall nicht Verzugszinsen, sondern Schadenersatz geschuldet.

Art. 906 ZGB umfasst auch Leistungen Dritter, die auf Grund verpfändeter und anderer Rechte erbracht werden, so beispielsweise Gewinnanteile aus einer Gesellschaft (38).

Bei Betreibung durch den Verpfänder kann das Fehlen der Zustimmung mittels Rechtsvorschlags geltend gemacht werden, da gegen den Schuldner, liegt die Einwilligung des Pfandgläubigers nicht schon im Stadium der Forderungsfeststellung vor, ein bedingungslos exequierbarer Titel entstünde (39).

(36) von Tuhr/Escher, S. 188.

(37) Leemann, N 24 zu Art. 906 ZGB;
Oftinger N 30 zu Art. 906 ZGB;
a.M. BGE 45 II 256/7.

(38) Oftinger N 5 zu Art. 906.

(39) Leemann, N 20 zu Art. 906 ZGB; a.M. SJZ 34 Nr. 2, S. 15.

Befindet sich der Verpfänder aber im Konkurs, so kann eine besondere Einwilligung des Pfandgläubigers zur Annahme der Zahlung durch den Konkursverwalter des Verpfänders nicht mehr gefordert werden, da der Konkursverwalter die Forderung zu Handen des vorweg zu befriedigenden Pfandgläubigers einzieht, also sowohl für diesen als für den Verpfänder handelt (40).

Die Hinterlegung nach Art. 906 ZGB ist in der Zürcher Zivilprozessordnung nicht ausdrücklich geregelt, jedoch als Anwendung des Gläubigerverzuges unter § 219 Ziff. 1 oder unter die Auffangbestimmung von § 220 ZPO zu subsumieren.

B. Im Obligationenrecht.

V. Art. 36 OR, Hinterlegung der Vollmachtsurkunde.

Im Stellvertretungsrecht (Art. 32 - 40 OR) auferlegt das Obligationenrecht bei der Stellvertretung mit Ermächtigung dem Bevollmächtigten die Pflicht zur Rückgabe einer allenfalls ausgestellten Vollmachtsurkunde nach Erlöschen der Vollmacht. Anstelle der Rückgabe kann die gerichtliche Hinterlegung der Vollmachtsurkunde treten.

Neben dem Anspruch auf Rückgabe der Vollmachtsurkunde besteht für den Vollmachtgeber der Anspruch auf Schadenersatz gegen den Bevollmächtigten, falls dieser mit der Urkunde Missbrauch treiben sollte (41). Wird aber der Bevollmächtigte vom Vollmachtgeber oder dessen Rechtsnachfolger nicht zur Rückgabe oder gerichtlichen Hinterlegung angehalten, so sind letztere auch gutgläubigen Dritten ge-

(40) Leemann, N 20 zu Art. 906 ZGB.

(41) Oser/Schönenberger, N 2 zu Art. 36 OR.

genüber für den Schaden verantwortlich (42). Zu ersetzen ist das negative Vertragsinteresse; es muss der Vermögensstand ausgeglichen werden, der bestanden hätte, wenn er den Anspruch auf Rückgabe oder Hinterlegung der Vollmacht richtig betrieben hätte (43).

Würde die gerichtliche Hinterlegung nur an die Stelle der Rückgabe treten, wenn die Erfüllung aus einem in der Person des Gläubiger liegenden Grundes oder infolge einer unverschuldeten Ungewissheit über dessen Person nicht geschehen kann (Art. 96 OR), käme die Bestimmung von Art. 36 OR nur selten zur Anwendung. Indessen ist sie vor allem auch im Interesse des Bevollmächtigten vorgesehen. Dieser kann nämlich jederzeit den Beweis der Ermächtigung vorlegen und sich somit gegen die Verantwortlichmachung schützen. Diese Schutzvorschrift kann allerdings durch Parteivereinbarung abgeändert werden.

Die Frage, ob die Hinterlegung nur zulässig sei, wenn die Voraussetzungen für die Hinterlegung einer geschuldeten Leistung nach Art. 92 oder Art. 96 OR vorliegen, ist demnach zu verneinen (44). Vielmehr liegt hier anders als beim Gläubigerverzug nicht ein Erfüllungssurrogat, sondern eine Hinterlegung als Erfüllung (45) vor.

Der Vollmachtgeber kann zur Verhütung von irgendwelchen Missbräuchen die bei der Hinterlegungsstelle befindliche Vollmachtsurkunde durch einen Zusatz annullieren. Sind noch andere Erklärungen als nur die Vollmachtserklärung

(42) Art. 36 Abs. 2 OR.

(43) Becker, N 8 zu Art. 36 OR.

(44) Becker, N 1 zu Art. 36 OR.

(45) vgl. § 4/I., unten S. 64 ff. Die Qualifikation der Hinterlegung als Erfüllung ergibt sich aus dem der Vollmacht zugrunde liegenden Rechtsverhältnis. Für den Vertreter ist die gerichtliche Hinterlegung jedoch ebenso Beweissicherung der Bevollmächtigung, wie auch Nebenfolge des Erlöschens der Vollmacht.

auf der Urkunde enthalten, muss der Vollmachtgeber sich aber mit der Annullierung der Vollmacht begnügen.

Das Recht auf Rückgabe oder Hinterlegung kann wegen des Sicherungszweckes gegen Missbrauch auch gegenüber Dritten, z.B. gegenüber einer Bank, bei der für den Vertretenen Kredit beansprucht wurde, verlangt werden.

Der Tatbestand der gerichtlichen Hinterlegung einer Vollmachtsurkunde nach Art. 36 OR ist in der Zürcher Zivilprozessordnung nicht vorgesehen. Bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen ist er aber unter den Generaltatbestand des § 220 ZPO zu subsumieren.

VI. Art. 70 OR, Unteilbare Leistung.

Art. 70 OR spricht nicht ausdrücklich von der Möglichkeit der Hinterlegung. Indessen ist die Lehre einhellig der Meinung, es handle sich bei Art. 70 OR um einen Anwendungstatbestand des Gläubigerverzuges nach Art. 92 OR (46).

Die Erfüllung bei einer unteilbaren Verbindlichkeit durch oder an mehrere Beteiligte muss naturgemäss auf einmal erfolgen. Die Leistung nach Anteilen (pro rata) ist ausgeschlossen. Entweder ist daher die Mitwirkung aller Beteiligten nötig, oder es kann durch einen einzelnen oder gegenüber einem einzelnen das Ganze gefordert werden.

Im Gegensatz zur Solidargläubigerschaft kann der einzelne Gläubiger nicht Leistung an sich selbst verlangen, sondern nur Leistung an alle Gläubiger zusammen, als gesetzlicher

(46) von Tuhr/Escher, S. 327;
Guhl, S. 53;
Biedermann, S. 73.

negotiorum gestor (47). Nur so kann er auch seine eigenen Interessen wahren. Kommt die Leistung nicht allen Gläubigern zugut, wie z.B. bei Bewirtschaftung eines gemeinsamen Landgutes durch den Schuldner, oder ist die Mitwirkung der Gläubiger zur Erfüllung erforderlich, so müssen alle zusammen wirken oder einen gemeinsamen Vertreter bestellen (48).

Daraus folgt, dass Annahmeverzug vorliegt, wenn der Gläubiger die Mitwirkung bei der Bestellung eines Vertreters oder bei der Erfüllung verweigert. Ist der Schuldner demnach zur Leistung an alle Gläubiger bereit, so kann er, wenn einer der Gläubiger seine Mitwirkung versagt, die geschuldete Leistung nach Art. 92 OR hinterlegen, oder bei andern Sachleistungen vom Vertrag zurücktreten. Auch der einzelne Gläubiger kann die Hinterlegung zu Händen aller Gläubiger verlangen (49).

Die Zürcher Zivilprozessordnung sieht die Hinterlegung nach Art. 70 OR nicht ausdrücklich vor, jedoch ist dieser Tatbestand als Anwendung des Gläubigerverzuges in § 210 Ziff. 1 ZPO geregelt (50).

(47) Becker, N 4 zu Art. 70 OR.

(48) BGE 53 III 149 f.

(49) Oser/Schönenberger, N 4 zu Art. 70 OR.

(50) Obwohl in der Literatur und nach dem gesetzlichen Wortlaut nicht vorgesehen, ergibt sich aus dem Sinn der Bestimmung von Art. 74 Abs. 3 OR eine analoge Hinterlegungsmöglichkeit zu der Spezialbestimmung von Art. 444 OR im Frachtvertragsrecht.

VII. Art. 92-94 OR, Gläubigerverzug.

Systematisch sind die Bestimmungen über den Gläubigerverzug unter dem Titel der Wirkungen der Obligationen dem Abschnitt über die Erfüllung der Obligation eingegliedert.

Während auf der Seite des Schuldners eine Pflicht zur Leistung an den Gläubiger besteht, ist auf der Gläubigerseite die Annahme der geschuldeten Leistung nicht eine Pflicht, sondern bloss eine Obliegenheit, in deren Einhaltung der Gläubiger grundsätzlich frei ist und mit deren Nicht-Einhaltung er nicht eine Pflichtverletzung begeht, sondern bloss die Möglichkeit zur Beendigung des Schuldverhältnisses zum Schuldner nicht wahrnimmt (51). Die Folgen des Annahmeverzuges bestehen darin, dass dem Schuldner mit Rücksicht auf seinen vergeblichen Versuch zur Erfüllung gewisse Erleichterungen zukommen, und ihm die Möglichkeit eröffnet wird, sich ohne die Mitwirkung des Gläubigers von seiner Verpflichtung zu befreien. Die Möglichkeiten sind nach gesetzlichen Vorschriften: Hinterlegung, Selbsthilfeverkauf oder Rücktritt (52).

Bei Annahmeverzug des Gläubigers kann sich, wer eine Sachleistung schuldet, durch Hinterlegung der geschulde-

-
- (51) Verweigert der Gläubiger die Annahme der ihm gehörig angebotenen Leistung (oder die Vornahme von ihm obliegenden Vorbereitungshandlungen), ohne die der Schuldner zu erfüllen nicht imstande ist, kommt der Gläubiger in Annahmeverzug (Art. 91 OR).
- (52) Die Wirkung des Annahmeverzuges besteht weder in einer Schadenersatzpflicht des Schuldners an den Gläubiger, da die Verweigerung der Annahme seitens des Gläubigers nicht eine Pflichtverletzung bedeutet, sondern der Gläubiger bloss von einem ihm zustehenden Recht nicht Gebrauch macht, noch im Verlust der Forderung.

ten Sache von seiner Verbindlichkeit befreien (53). Fehlt der Gläubigerverzug, so vermag die Hinterlegung die Erfüllung nicht herbeizuführen und somit auch die Folgen der Nicht-Erfüllung nicht abzuwenden (54).

Das Recht zur Hinterlegung setzt ausser dem Gläubigerverzug voraus, dass es sich um eine Sachleistung handelt. Eine solche liegt vor bei der Verschaffung des Eigentums oder Besitzes an einer körperlichen beweglichen Sache. Ausserdem können bewegliche Sachen nur dann hinterlegt werden, wenn sie sich in wirtschaftlicher Hinsicht und nach der Beschaffenheit dazu eignen (55).

Ist nach der Beschaffenheit der Sache eine Hinterlegung nicht tunlich, so kann der Schuldner die Sache nach Art. 93 OR verkaufen lassen (56) und den Erlös mit befreiender Wirkung (57) hinterlegen.

Eine Sondervorschrift findet sich in Art. 504 Abs. 2 OR: Auch ohne Hinterlegung wird der Bürge als Schuldner frei, wenn der Gläubiger die angebotene Zahlung ungerechtfertigterweise zurückweist.

Der Schuldner, der nicht hinterlegt, obwohl die Voraussetzungen dazu gegeben wären, gerät selber nicht in Verzug (58), denn durch den Gläubigerverzug ist der Schuldnerverzug ausgeschlossen (59). Infolgedessen wird auch keine

(53) Art. 92 OR.
von Tuhr/Escher, S. 70 ff;
BGE 79 II 80;
SJZ 60 274, Nr. 143/LU.

(54) Sträuli/Hauser, N 1 zu § 392 aZBO.

(55) vgl. dazu unten § 3/B.

(56) sog. Selbsthilfeverkauf, Art. 93 OR.

(57) Becker, N 34 zu Art. 92/4 OR.

(58) ZR 55 Nr. 165, S. 361;
von Tuhr/Escher, S. 76.

(59) Becker, N 2 zu Art. 94 OR; Guhl/Merz/Kummer, S. 229.

Vertragsstrafe und keine Verfallklausel ausgelöst, und es laufen auch keine Verzugszinsen mehr (60). Der im Annahmeverzug befindliche Vermieter kann die Wegnahme der in den Mieträumen eingebrachten Sachen nicht hindern, solange er die Weigerung der Zahlungsannahme aufrecht erhält (61). Solange der Gläubiger sich im Verzug befindet, kann für die Forderung keine Pfandverwertung stattfinden (62).

Bei Zug-um-Zug-Leistungen nach Art. 82 OR ist die Hinterlegung mit befreiender Wirkung Voraussetzung dafür, dass der Schuldner die ihm zukommende Gegenleistung einfordern kann.

Nicht aus dem Gesetz, aber aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich für den Schuldner die Verpflichtung, die Hinterlegung dem Gläubiger anzuzeigen (63). Allerdings hängt davon nicht die Wirksamkeit der Hinterlegung ab, es resultiert aber allenfalls daraus eine Schadenersatzpflicht für den nicht anzeigenden Schuldner.

Die Hinterlegung bei Gläubigerverzug ist in § 219 Ziff. 1 der Zürcher Zivilprozessordnung aufgeführt.

VIII. Art. 96 OR, Gläubigerungewissheit.

Mit andern Hindernissen der Erfüllung meint das Gesetz andere, neben dem Gläubigerverzug, in der Person des Gläubigers liegende Gründe oder die unverschuldete Ungewissheit über die Person des Gläubigers. Art. 96 OR ist die

(60) gl.M. Oser/Schönenberger, N 9 zu Art. 92/4 OR.

(61) BGE 79 II 282, 45 II 256.

(62) Becker, N 2 zu Art. 94 OR.

(63) von Tuhr/Escher, S. 78;
Biedermann, S. 134.

Generalklausel zahlreicher gesetzlicher Anwendungstatbestände der Gläubigerungewissheit (64). Die Rechtsbehelfe des Artikels sind gegeben für die Fälle, wo die Erfüllung nicht erfolgen kann, trotzdem die Voraussetzungen des Gläubigerverzugs nicht vorliegen, so wenn das Angebot auf Seiten des Schuldners fehlt. Es handelt sich um Tatbestände, die das Gesetz aus Billigkeit hinsichtlich der Rechtswirkungen der Annahmeverweigerung gleichstellt, weil sie dem Gefahrenkreis des Gläubigers angehören.

Der Grund der Unmöglichkeit der Leistung muss in der Person des Gläubigers liegen. Zum Beispiel ist der Gläubiger abwesend und hat keinen Vertreter bestimmt oder dem Schuldner nicht bekanntgegeben, oder er ist handlungsunfähig. Auch dann, wenn der Gläubiger sich nicht legitimieren kann, oder die zu erfüllende Forderung gepfändet ist, liegen Fälle von Art. 96 OR vor (65). Ein Anwendungsbeispiel ist Art. 861 Abs. 2 ZGB, wonach der Schuldner Zahlungen von Schuldbrief oder Gült dann hinterlegen kann, wenn der Wohnsitz des Gläubigers nicht bekannt oder zum Nachteil des Schuldners verlegt worden ist.

Ein anderes Hindernis in der Erfüllung liegt in der Ungewissheit über die Person des Gläubigers, wobei nicht jede irgendwie geartete Ungewissheit zur Hinterlegung berechtigt, sondern dieselbe voraussetzt, dass ein verständiger Mann berechtigte Zweifel über die Person des Gläubigers oder dessen Vertreter haben kann (66). Dieser in der Praxis am häufigsten vorkommende und daher wichtigste Hinterlegungstatbestand liegt zum Beispiel dann vor, wenn ein Prozess über die Abtretung einer Forderung (67)

(64) Sträuli/Messmer, N 1 zu § 220 ZPO.

(65) Oser/Schönenberger, N 2 zu Art. 96 OR.

(66) BGE 59 II 232.

(67) Prätendentenstreit nach Art. 168 OR.

oder über einen Erbfall im Gang ist. Gesetzliche Tatbestände der Gläubigerungewissheit liegen aber auch vor beim Streit über die Anteilsberechtigung der Gläubiger (68), im Frachtvertrag (69), bei der Liquidation der Aktiengesellschaft (70), bzw. andern Gesellschaften (71).

Die Ungewissheit über die Person des Gläubigers ist dann nicht unverschuldet und damit dem Gläubiger nicht anzulasten, wenn der Schuldner sich nicht die nötige Mühe zur Prüfung gegeben hat (72). Hegt der Schuldner Zweifel über die Gläubigerperson, darf er nur auf eigene Gefahr an den ihm berechtigt Erscheinenden leisten und gewärtigt im Fall, da der andere sich als Berechtigter erweist, eine Doppelzahlung. Die Ungewissheit über die Person des Gläubigers ist in diesem Fall nur dann unverschuldet, wenn dem Schuldner nicht zugemutet werden kann, den Zweifel über die Person des Gläubigers auf eigene Gefahr zu lösen. Dies trifft regelmässig nicht zu, wenn z.B. ein Gläubiger im Besitz einer Schuldurkunde ist (73).

Ungewissheit über die Person des Gläubigers liegt ferner auch dann vor, wenn kein Vertreter vorhanden ist, der für den abwesenden Gläubiger die Leistung des Schuldners entgegennehmen kann.

Durch die in Art. 96 OR genannten Hindernisse in der Erfüllung wird, obgleich sie in der Person des Gläubigers

(68) Art. 70 Abs. 1 OR.

(69) Art. 444, 451, 453 OR.

(70) Art. 744 Abs. 1 OR.

(71) Art. 770, 823, 913 OR;
weitere Beispiele in ZR 38, Nr. 151.

(72) BGE 59 II 232;
ZR 38 366, Nr. 151.

(73) Oser/Schönenberger, N 2 zu Art. 96 OR;
von Tuhr/Escher, § 66, N 79.

liegen, der Verzug des Schuldners nicht ausgeschlossen. Der Schuldner muss, wenn er durch Mahnung oder Verfalltag in Verzug kommt, Verzugszinsen bezahlen und kann sich von dieser Pflicht nur durch Hinterlegung befreien (74).

In der Zürcher Zivilprozessordnung ist die Gläubigerungewissheit nach Art. 96 OR nicht ausdrücklich vorgesehen, wird jedoch von der Auffangbestimmung von § 220 ZPO abgedeckt.

IX. Art. 168 OR, Prätendentenstreit.

Art. 168 ist als ein Spezialfall von Art. 96 OR zugleich auch ein Anwendungsfall des unter Ziff. VIII. behandelten Falles der Gläubigerungewissheit (75), wobei nicht jeder Gläubigerungewissheit ein Prätendentenstreit zugrunde liegt et vice versa (76).

Liegt kein Streit über die Forderung vor, ist aber allenfalls gleichwohl die Person des Gläubigers ungewiss, wird in Anwendung von Art. 96, der allgemeinen Bestimmung, hinterlegt.

Eine Forderung ist nicht schon dann streitig, wenn der Schuldner Zweifel über die Zuständigkeit hat. Er muss sich diesfalls von sich aus Mühe gegeben haben, die Zweifel auszuräumen (77). Das ist beim Prätendentenstreit nicht anders

(74) von Tuhr/Escher, S. 142;
BGE 32 II 62.

(75) von Tuhr/Escher, S. 363.

(76) Der Streit zwischen zwei Prätendenten verändert die privatrechtliche Lage des Schuldners nicht, sondern berechtigt ihn bloss zur Hinterlegung.

(77) BGE 25 II 604.

als bei der Gläubigerungewissheit nach Art. 96 OR (78). Bestehen die Zweifel auch bei angewandeter Sorgfalt und Inanspruchnahme der zur Verfügung stehenden Erkundigungsmittel, und liegt dann noch eine unverschuldete Ungewissheit über die Person des Gläubigers vor, wird nach der allgemeinen Bestimmung von Art. 96 OR hinterlegt.

Die Befugnis zur Hinterlegung kommt nur dem gutgläubigen Schuldner zu. Der Hinterlegung des bösgläubigen Schuldners dagegen kommt keine befreiende Wirkung zu, der Schuldner haftet für Verzugsfolgen (79).

Der Schuldner kann, ohne zu hinterlegen, einem Prätendenten die Leistung verweigern (80) und es auf die Klage dieses Prätendenten ankommen lassen (81). Er wird dies dann tun, wenn er überzeugt ist, dass der Kläger nicht der richtige Gläubiger ist, und daher hofft, im Prozess, eventuell mit Hilfe des andern Prätendenten als Nebenintervenienten den Sieg davonzutragen (82).

Hingegen gelangt Art. 168 OR immer dann zur Anwendung, wenn der Streit zwischen den Prätendenten vor Gericht anhängig ist, oder aber die Meinungsdivergenz aussergerichtlich geäussert wird. Dieser Streit muss zur Zeit der Zahlungsverweigerung noch bestehen. Ob die verschiedenen Ansprecher gleichartige Rechte an der Streitsache beanspruchen oder nicht, ist für die Anwendung von Art. 168 OR nicht von Bedeutung, z.B. also, ob Realerfüllung von einer Seite und

(78) Oser/Schönenberger, N 2 zu Art. 168 OR.

(79) ZBJV 42 273.

(80) was Verzugsfolgen mit sich bringt;
von Büren, S. 332.

(81) im Widerspruchsverfahren nach Art. 106/109 SchKG;
BGE 86 III 62.

(82) von Tuhr/Escher, S. 364.

Schadenersatz von einer andern gefordert werden (83).

Ist aber der Streit bereits vor Gericht anhängig, so kann der Schuldner von jeder Partei zur Hinterlegung gezwungen werden (84). Nach von Thur (85) ist diese Regelung im Gesetz allerdings nur schwer zu begründen (86). Es sei nicht einzusehen, warum ein Kläger, dessen Gläubigerschaft bestritten wird, den Schuldner zur Hinterlegung zwingen könne, während ein Kläger, dessen Legitimation von keinem Dritten bestritten werde, nur Erfüllung und nicht vorzeitige Hinterlegung verlangen könne; Art. 168 Abs. 3 OR sei daher auf den Fall zu beschränken, dass der Schuldner nicht nur bestreite, dass einer der beiden Prätendenten der richtige Gläubiger sei. Wenn der Schuldner behaupte, dass er zu einer Leistung verpflichtet sei oder dass die Forderung einem Dritten zustehe, so könne er vor gerichtlicher Entscheidung weder zur Leistung noch zur Hinterlegung gezwungen werden.

Im Belieben des Schuldners liegt die Hinterlegung jedoch dann, wenn die Meinungsdivergenz nur aussergerichtlich sich äussert (87). Diesfalls aber zahlt der Schuldner an einen der beiden Ansprecher auf die Gefahr hin, bei beendigem Streit an den andern der beiden nochmals leisten

(83) Becker, N 8 zu Art. 168 OR.

(84) Art. 168 Abs. 3 OR.

(85) Biedermann, S. 81.

(86) Biedermann, S. 73, ist der Meinung, die Voraussetzung zum Recht auf Hinterlegung, der Streit müsse vor Gericht anhängig sein, sei wohl deshalb aufgestellt worden, um alle Ansprecher von den übrigen abzusondern, denn nur diejenigen, welche ihrer Sache derart sicher seien, dass sie dafür sogar vor Gericht fechten, sollten den Schuldner zur Hinterlegung anhalten können.

(87) BGE 28 II 238;
ZBJV 42 273;
SJZ 27 202 Nr. 155.

zu müssen (88). Diese Rechtslage besteht auch dann, wenn einer der Prätendenten gegen den Schuldner geklagt und ihm gegenüber obsiegt hat. Denn das Urteil wirkt nur unter den Parteien und hindert den andern Prätendenten nicht, seinerseits gegen den Schuldner zu klagen und möglicherweise, wenn der Richter den zweiten Fall verschieden vom ersten beurteilt, ebenfalls ein obsiegendes Urteil zu erstreiten (89). Gegen diese Gefahr der doppelten Zahlung kann sich der Schuldner durch Streitverkündung (90) schützen. Dann nämlich wirkt ein Urteil, welches die Forderung dem Kläger zuspricht, grundsätzlich auch gegenüber dem andern Prätendenten (91).

Die Hinterlegung braucht trotz des Wortlautes von Art. 168 OR nicht bei einem Gericht zu erfolgen, sondern kann auch, dann als Tatbestand von Art. 92 OR, an einem vom Richter bestimmten Ort vorgenommen werden (92).

Nur die Hinterlegung befreit den Schuldner von den Verzugsfolgen (93). Insofern, als der Gläubiger die Erfüllung durchsetzen kann, besteht für den Schuldner eine Pflicht zur Hinterlegung (94).

Damit jedoch die Verzugsfolgen abgewendet werden, muss die Forderung in ihrem ganzen Inhalt, also auch mit bereits

(88) Art. 168 Abs. 2 OR.

(89) von Tuhr/Escher, S. 363.

(90) § 46 ZPO.

(91) Art. 193 Abs. 2 OR, der einen allgemeinen Grundsatz für die Wirkung der Streitverkündung enthält; vgl. jedoch Walder, S. 166 ff.

(92) von Tuhr/Escher, S. 363; Becker, N 5 zu Art. 168 OR.

(93) dazu Oser/Schönenberger, N 11 der Bemerkungen zu Art. 92 OR.

(94) Biedermann, S. 70.

erlaufenen Verzugszinsen hinterlegt werden, denn die Hinterlegung soll die Zahlung ersetzen und die Forderung dem Gläubiger zur Verfügung stellen (95). Dem Gläubiger aber ist gemäss Art. 69 OR die Empfangnahme einer Teilzahlung nicht zuzumuten, wenn die gesamte Schuld feststeht und fällig wird. Der Hinterlegung einer unvollständigen Leistung kommt keine befreiende Wirkung zu (96).

Hinsichtlich der Beweiserbringung hat der Schuldner darzutun, dass ein Streit um das Recht an der Forderung bestand und dass er bei der zuständigen Stelle die geschuldete Leistung vollständig hinterlegt habe (97).

Der Prätendentenstreit bei Lohnzession im speziellen:

Ein Prätendentenstreit, der in der Praxis sehr oft zu Gesuchen um gerichtliche Hinterlegung nach Art. 96/168 OR führt, ist der Streit bei Lohnzession. Diesem liegt der folgende Sachverhalt zu Grunde: Ein Arbeitnehmer nimmt bei einer Bank oder einem andern Gläubiger ein Darlehen (98) auf und unterzeichnet im Darlehensvertrag (oft ungelesen; da als Teil der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bestehend) eine Klausel bzw. Schuldanerkennung mit einer Lohnzessionserklärung, wonach er einen Teilanspruch auf den Lohn gegenüber dem Arbeitsgeber direkt an die Bank oder den Gläubiger abtrete, sobald er mit der Rückzahlung in Verzug gerate. Der Lohn ist bis zur Höhe des Existenzminimums zedierbar (99). Der Arbeitgeber, der einerseits den Anspruch des Arbeitnehmers, anderseits denjenigen des Bankinstitutes bzw. Gläubigers auf sich zukommen sieht, ist

(95) Oser/Schönenberger, N 6 zu Art. 168 OR.

(96) ZBJV 27 161.

(97) ZBJV 44 376 f.; Becker, N 9 zu Art. 168 OR.

(98) Sehr oft werden Lohnzessionen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Auto-Leasing-Verträgen untergebracht, vgl. dazu Giger, insbesondere S. 165/6.

(99) Art. 93 SchKG.

sich nicht im klaren darüber, an wen rechtens die Auszahlung der Lohnquote zu erfolgen hat und will sich durch gerichtliche Hinterlegung befreien. Allerdings ist diese Art des Prätendentenstreits deshalb in vielen Fällen nur scheinbar vorhanden, weil sehr oft der vom Arbeitsnehmer unterzeichnete Vertrag klar und eindeutig den Anspruch des Bankinstitutes bzw. Gläubigers statuiert und der Schuldner als Arbeitsnehmer sich der vertraglichen Verpflichtung nicht entziehen kann, somit für den Arbeitgeber mit Kenntnisnahme des Darlehensvertrags und Notifikation seitens des Gläubigers kein echter Streit um die Anspruchsberechtigung besteht, sondern vielmehr in Unkenntnis der Rechtslage ein Hinterlegungsgesuch gestellt wird.

Der Tatbestand von Art. 168 OR findet sich in der Zürcher Zivilprozessordnung nicht, jedoch lässt er sich ohne Schwierigkeit unter die allgemeine Bestimmung von § 220 ZPO einreihen.

X. Art. 444 Abs. 1 OR, Behandlung des Frachtgutes bei Ablieferungshindernissen; Art. 451 OR, Retentionsrecht; Art. 453 OR, Verfahren.

Das Obligationenrecht regelt unter den Einzelnen Vertragsverhältnissen in den Art. 444-454 OR unter dem Randtitel "Stellung des Frachtführers" bestimmte Rechte und Pflichten bei der Behandlung des Frachtgutes.

1) Art. 444 OR, Ablieferungshindernisse.

Art. 444 OR regelt die Rechte und Pflichten, die dem Frachtführer aus sog. Ablieferungshindernissen erwachsen.

Ablieferungshindernisse betreffen die gehörige Erfüllung

der Ablieferungsobligation (100). Die Ablieferungspflicht ist im Frachtvertrag eine Speziesobligation. Im Gegensatz zu den Beförderungshindernissen, welche die vertrags- oder vorschriftsgemässe Erfüllung der Transportobligatio- (Ausführungsobligation) betreffen, sind Ablieferungshindernisse Umstände, welche die gehörige Erfüllung der Ablieferungsobligation gegenüber dem Empfänger verunmöglichen (101). Sie treten erst ein, nachdem die Ausführungsobligation erfüllt ist und stehen nicht mit dem Transport im Zusammenhang, sondern der Ablieferung des Frachtgutes entgegen. Das Frachtgut muss demzufolge, gelangt Art. 444 OR zur Anwendung, an dem mit dem Absender vereinbarten Ort angekommen sein.

Schuldner des Frachtlohnes ist der Absender als Vertragspartei. Doch ist mit dem Frachtvertrag häufig ein Inkassomandat verbunden, wonach der Frachtführer versuchen soll, bei Ablieferung des Frachtgutes an den Empfänger von diesem Zahlung des Frachtlohnes und Ersatz der Aufwendung zu verlangen (102). Führt dieses Inkassomandat nicht zum Ziel, so soll der Frachtführer den Absender benachrichtigen und das Frachtgut inzwischen auf Gefahr und Kosten des Absenders aufbewahren oder bei einem Dritten

(100) Gautschi, N 26 zu Art. 444 OR.

(101) Würden die Allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts gelten, so würde nach Art. 119 OR die Beförderungspflicht dann erlöschen, wenn nach Abschluss des Frachtvertrags ein vom Frachtführer als Schuldner der Beförderungspflicht nicht zu verantwortendes Beförderung- oder Ablieferungshindernis eintritt. Auf eine Sonderregelung der Beförderungshindernisse hat das Obligationenrecht verzichtet, weil subsidiär die Grundsätze des allgemeinen Auftragsrechts massgebend sind (Art. 440 Abs. 2 OR).

(102) speziell Art. 43 und Art. 44 des Bundesgesetzes über den Transport auf Eisenbahnen und Schiffen vom 11. März 1948.

hinterlegen (103). In gleicher Weise soll verfahren werden, wenn andere Ablieferungshindernisse eintreten (104).

Die Enumeration der Ablieferungshindernisse im Gesetz ist abschliessend (105). Es sind dies alternativ:

a) Annahmeverzug des Empfängers:

Der Annahmeverzug des Empfängers ist vorab gegeben bei ausdrücklicher Verweigerung der Abnahme, ohne Rücksicht auf die Gründe. Ob zum Beispiel bei Abwesenheit des Empfängers mit der Ablieferung zugewartet und binnen welcher Frist die Annahme erwartet werden könne, entscheidet sich nach gegebenen Anweisungen des Absenders. Fehlen solche, erfolgt die Ablieferung nach vernünftigem Ermessen unter Beachtung der Interessen des Absenders. Die Erklärung der Annahme unter einem Vorbehalt, dem der Frachtführer nicht zustimmt, bedeutet Nichtannahme bzw. Annahmeverweigerung.

b) Zahlung- (oder Hinterlegungs)verweigerung des Empfängers:

Ob der Empfänger aus dem dem Frachtvertrag vorausgehenden Rechtsverhältnis zum Absender zur Zahlung verpflichtet sei, spielt keine Rolle. Zur Auslösung des Verfahrens nach Art. 444 OR genügt die Verweigerung gegenüber dem Frachtführer. Bestreitet der Destinatär die Zahlungspflicht, so kann die Zahlung durch die Hinterlegung des Betrages ersetzt und damit die Rechtsfolgen der Nichtzahlung abgewendet werden.

c) Unmöglichkeit der Ermittlung des Empfängers:

Auf dieses Ablieferungshindernis kann sich nur derjenige Frachtführer berufen, der sich nach bestem Können und im

(103) Art. 444 Abs. 1 OR;
Sem Jud 85 137;
Art. 45 TrspG.

(104) Sem Jud 85 339.

(105) Gautschi, N 4b zu Art. 444 OR.

verkehrsüblichen Umfang bemüht hat, die Adresse ausfindig zu machen.

d) Andere Hindernisse:

Stellen sich andere Hindernisse der Ablieferung ein, so hat der Frachtführer den Absender zu benachrichtigen und seine Weisung einzuholen. Er kann schliesslich nach Art. 92 OR vorgehen und das Frachtgut hinterlegen.

Der Empfänger, der seinen gesetzlich bedingten Ablieferungsanspruch ausüben kann, aber nicht ausüben muss, gerät durch die Verweigerung der Zahlung der auf der Sendung haftenden Kosten nicht in Schuldnerverzug, sondern in Gläubigerverzug. Die Zahlung oder Hinterlegung der Kosten ist nämlich eine dem Empfänger als Gläubiger des Ablieferungsanspruchs von Gesetzes wegen obliegende Vorbereitungshandlung im Sinne von Art. 91 OR (106). Unterlässt sie der Empfänger, so gerät er in gleicher Weise in Annahmeverzug, wie wenn er einfach die Annahme der gehörig angebotenen Ablieferungsleistung des Frachtführers verweigert. Der Frachtführer als Schuldner der Ablieferungspflicht seinerseits kann das Gut inzwischen, d.h. bis zur Beendigung des Annahmeverzuges, auf Gefahr und Kosten des Absenders aufbewahren oder bei einem Dritten hinterlegen.

Die frachtvertraglichen Sondervorschriften gehen den allgemeinen Vorschriften von Art. 92 OR über den Gläubigerverzug vor. Der Frachtführer kann das Gut beispielsweise nicht auf Gefahr und Kosten des Gläubigers (Empfänger) mit befreiender Wirkung hinterlegen, sondern die Hinterlegung erfolgt zum Zweck der Sicherstellung (107). Die Tatsache, dass die Sendung zurückgewiesen wird und/oder

(106) von Tuhr/Escher, S. 510.

(107) Gautschi, N 5 a.E. zu Art. 444 OR.

die Zahlung der auf ihr haftenden Forderung nicht geleistet worden ist, genügt als Voraussetzung zur Hinterlegung. Aus einer leicht feststellbaren Tatsache erwachsen dem Frachtführer die in Art. 444 OR vorgesehenen Befugnisse. Entscheidet sich der Empfänger für die Hinterlegung der Kosten nach Art. 452 OR, so wird und muss der Frachtführer erst abliefen, wenn die Hinterlegung tatsächlich erfolgt ist (108).

Die Bestimmung geht aus vom Grundsatz, dass der Frachtführer nur Zug um Zug gegen Bezahlung seines Guthabens auszuliefern hat (109). und dass ihm für seine Forderung nach Abwicklung des Transportes an den Bestimmungsort das Retentionsrecht nach Art. 895 ZGB zustehe (110).

2) Art. 451 OR, Retentionsrecht am hinterlegten Betrag.

Löst der Empfänger die Nachnahme nicht ein, so hat der Frachtführer das Retentionsrecht zu wahren. Das Retentionsrecht erlischt mit der Aufgabe des Gewahrsams und kann durch Hinterlegung der streitigen Forderung abgewendet werden. Da jedoch diese Sonderbestimmung der allgemeinen Bestimmung in Art. 898 ZGB vorgeht, welche für die Abwendung des Retentionsrechts im Faustpfandrecht bloss eine hinreichende Sicherheit verlangt, kann das Retentionsrecht nur durch Hinterlegung der ganzen Summe abgewendet werden.

Die Hinterlegung des streitigen Betrages muss bei der zuständigen Amtsstelle erfolgen, regelt sich aber nicht etwa nach den Bestimmungen über den Gläubigerverzug. Der Empfänger des Gutes als Hinterleger behauptet nämlich ge-

(108) ZR 48 295, Nr. 153.

(109) Art. 82 OR.

(110) zu den Voraussetzungen des Retentionsrechts:
Oser/Schönenberger, N 2-11 zu Art. 451 OR.

rade, den Betrag nicht zu schulden, sodass die Hinterlegung sich nicht auf Annahmeverzug stützen kann, sondern vielmehr eine amtliche Hinterlegung zwecks Sicherstellung, also analog zu Art. 480 OR (Sequestration), vorliegt (111). Der Frachtführer hat von Gesetzes wegen ein Retentionsrecht am hinterlegten Betrag.

3) Art. 453 OR, Verfahren.

Die Bestimmung behandelt das Verfahren bei Streitigkeiten über die gegenseitigen Ansprüche der Parteien nach Beendigung des Transportes und vor Ablieferung des Frachtgutes.

Das Verfahren gelangt hingegen dann nicht zur Anwendung, wenn Ablieferungshindernisse nach Art. 444 OR vorliegen oder der Streit die Zahlungspflicht des Empfängers betrifft und dieser den streitigen Betrag hinterlegt hat. Das Verfahren besteht nämlich gerade darin, dass das Frachtgut im Sinne einer Sicherheitshinterlegung bis zum Austrag des Streites hinterlegt wird.

Die Hinterlegung im Frachtvertragsrecht nach Obligationenrecht ist in § 219 Ziff. 10 ZPO geregelt.

XI. Art. 472 - 491 OR, Hinterlegungsvertrag.

Unter den einzelnen Vertragsverhältnissen behandelt das Obligationenrecht unter dem Titel "Der Hinterlegungsvertrag" mehrere wirtschaftlich und rechtlich verschiedene Institute; auch im täglichen Verkehr ist mit der Bezeichnung Hinterlegung (Verwahrung, Depot, Depositum) ein vielfacher Sinn verbunden.

(111) Gautschi, N 6 zu Art. 451 OR.

Wirtschaftlich steht dem Gefälligkeitsgeschäft des gewöhnlichen Hinterlegungsvertrages, wie es der Definition des Art. 472 OR zu Grunde liegt, einerseits das Lagergeschäft, anderseits das Bankdepositengeschäft gegenüber (112).

Juristisch hält der Titel Hinterlegungsvertrag auseinander den gemeinen Hinterlegungsvertrag (113), die Sequestration (114), das darlehensartige Depot (depositum irregulare, 115), das Lagergeschäft (116) und den Gastaufnahmevertrag (117).

Die obligationsrechtlichen Bestimmungen regeln das Rechtsverhältnis zwischen dem Hinterleger und dem Depositar. Die Hinterlegung ist der Vertragsinhalt zwischen den beiden Parteien. Der Hinterlegungsvertrag ist ein Konsensual-, kein Realkontrakt (118).

Wo eine Vergütung abgemacht oder nach den Umständen zu erwarten ist, ist dem Aufbewahrer auch eine Klage auf Leistung des Abgemachten, d.h. auf das Erfüllungsinteresse gegeben. Hingegen besteht, weil der Aufbewahrer kein Interesse an der Aufbewahrung hat, keine Klage gegenüber dem Hinterleger auf die Uebergabe. Ebenso erzeugt, abgesehen von der mangelhaften Uebergabepflicht, der Abschluss des

(112) Oser/Schönenberger, N 2 der Vorbemerkungen zum Hinterlegungsvertrag.

(113) einfaches Verwahrungsdepot, Art. 472-479 OR.

(114) Art. 480 OR.

(115) Art. 481 OR.

(116) Art. 482-486 OR.

(117) Art. 487-491 OR.

(118) Oser/Schönenberger, N 15 zu Art. 472 OR.

Im Gegensatz dazu ist der dem Hinterlegungsvertrag entsprechende Verwahrungsvertrag des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches ein Realkontrakt im römischrechtlichen Sinn (Becker, N 6 d zu Art. 472 OR).

Hinterlegungsvertrags als solcher keine Verbindlichkeiten auf Seiten des Hinterlegenden. Erst dann, wenn die Hinterlegung besonderen Schaden oder Auslagen verursacht hat, kommen die Haftungsgrundsätze nach Art. 473 OR zur Anwendung.

Die folgenden Essentialia sind für den Hinterlegungsvertrag begriffsnotwendig:

- a) Eine bewegliche Sache (Waren, Wertpapiere, Geld, Wert-sachen) als Gegenstand der Hinterlegung.
- b) Die Verpflichtung des Aufbewahrers zur Aufbewahrung, welche auch Pflicht zur positiven Leistung ist und das "in Obhut nehmen", d.h. Obsorge zu gewähren, mitumfasst. Gemeint sind damit all jene Vorkehren, die zur Erhaltung der Sache im Hinblick auf die Notwendigkeit späterer unversehrtter Rückgabe nötig sind.
- c) Die Verpflichtung zur Rückgabe, welche stillschweigend aus der Aufbewahrungspflicht folgt. Dabei ist kennzeichnend die Pflicht zur Rückgabe auf erstes Verlangen.
- d) Eine besondere Vereinbarung, welche sich auf die Aufbewahrung und Rückgabe einer anzuvertrauenden Sache bezieht. Das Merkmal dieser Vereinbarung ist der Konsens über die Aufbewahrung und Rückgabe der Sache (119).

Von der gerichtlichen Hinterlegung unterscheidet sich der Hinterlegungsvertrag durch den Zweck. Besteht der Hauptzweck des Hinterlegungsvertrages in der Aufbewahrung einer beweglichen Sache bzw. deren Rückgabe, kann der Zweck der gerichtlichen Hinterlegung je nachdem verschieden sein, ob es sich um eine Hinterlegung zu Erfüllungszwecken oder

(119) a.M. Gautschi, N 1c) zu Art. 472 OR, der als essentielle Hauptverpflichtung des Aufbewahrers einzig die Rückgabepflicht ansieht, aus welcher sich ohne weiteres die Aufbewahrungs- und Sorgfaltpflicht ergebe.

zwecks Sicherstellung etc. (120) handelt. Jedenfalls ist die gerichtliche Hinterlegung nicht auf die Verwahrungsabsicht allein, sondern daneben auf ein Rechtsverhältnis des Hinterlegers mit einer Drittperson ausgerichtet.

Werden vom Staat oder andern öffentlich-rechtlichen Körperschaften in Ausübung ihrer öffentlichen Funktion dem privatrechtlichen Hinterlegungsvertrag entsprechende Verhältnisse begründet, so unterstehen diese grundsätzlich dem öffentlichen Recht. Gelegentlich können dabei privatrechtliche Vorschriften zur Ausfüllung von Lücken des öffentlichen Rechts analoge Anwendung finden.

Geht dagegen ein Gemeinwesen mit Privaten in gleichberechtigter Stellung Hinterlegungsverträge ein, so gelangt das Zivilrecht zur Anwendung.

Neben den obligationenrechtlichen Wirkungen hat die Hinterlegung, allerdings nicht bereits bei Vertragsabschluss, sachenrechtlich den Besitzübergang zur Folge. Der Aufbewahrer wird unselbständiger, unmittelbarer Besitzer, während der Hinterleger selbständiger, mittelbarer Besitzer bleibt (121). Der Aufbewahrer ist verpflichtet, den Besitzschutz gegenüber Dritten wahrzunehmen. Sein Hinterlegungsbesitz ist selbst dann zu schützen, wenn der Hinterleger nicht Eigentümer der Sache ist, der Aufbewahrer aber die Sache im guten Glauben zur Aufbewahrung entgegen genommen hat (122). Solange ein Dritteigentümer nicht Eigentumsklage gegen den unmittelbar besitzenden Aufbewahrer eingeleitet und/oder die amtliche Beschlagnahme der hinterlegten Sache bewirkt hat, besitzt der Aufbewahrer für seinen Hinterleger (123).

(120) vgl. dazu § 4, unten, S. 65 ff.

(121) Oser/Schönenberger, N 36 zu Art. 472 OR;
BGE 77 I 40.

(122) Art. 933 ZGB.

(123) Art. 479 OR.

Dazu tritt gegebenenfalls der dingliche Besitztitel aus dem eigenen Retentionsrecht des Aufbewahrers. Der Retentionsbesitz besteht auch bei der gewöhnlichen Hinterlegung für den Vergütungsanspruch, den Auslagenersatz und den Verwendungsersatzanspruch des Aufbewahrers (124).

In der Zürcher Zivilprozessordnung ist der Hinterlegungsvertrag nicht vorgesehen, weil er sich, wie oben erwähnt, in manchen Punkten von der gerichtlichen Hinterlegung unterscheidet und ausserdem materielles Recht ist und somit nicht zum Prozessrecht gehört. Die Regeln über den Hinterlegungsvertrag können allerdings gelegentlich zur Ausfüllung von Lücken analog zur Anwendung gelangen.

XII. Art. 744 OR, Liquidationstätigkeit der Aktiengesellschaft.

Art. 742-745 OR regeln die Liquidationstätigkeit bei der Auflösung der Aktiengesellschaft. Dabei ist in Art. 744 Abs. 1 OR neben den allgemeinen Gläubigerschutzbestimmungen eine spezielle Schutzbestimmung für die Gläubiger aufgestellt, wonach die Liquidatoren fällige Forderungen bekannter Gläubiger, welche nicht zur Anmeldung gelangten (125) gerichtlich hinterlegen müssen. Es handelt sich hierbei um eine zwingende Vorschrift.

(124) ZR 51, Nr. 181.

(125) Trotz Mitteilung und Aufforderung (Schuldenruf) nach Art. 742 Abs. 2 OR.

Die Nichtanmeldung einer Forderung hat namentlich wenn die Gesellschaft bekannt ist, nicht den Untergang der Forderung zur Folge. Es kommt aber bei nicht angemeldeten Forderungen eine direkte Befriedigung für den Gläubiger nicht in Betracht, sondern nur eine gerichtliche Hinterlegung. Die Frist zur Anmeldung hat nur Ordnungscharakter (von Steiger F., S. 333). Verspätete Eingaben sind jedenfalls zu berücksichtigen, solange die Verteilung nicht stattgefunden hat, auf alle Fälle noch während eines Jahres nach der letzten Veröffentlichung des Schuldenrufs im Schweizerischen Handelsamtsblatt (Art. 745 Abs. 2 OR.).

Ob fällige Forderungen unbekannter Gläubiger ebenfalls zu hinterlegen sind, ist dagegen umstritten (126).

Hingegen sind Beträge zur Deckung noch nicht fälliger und streitiger Forderungen zu hinterlegen, sofern der Gläubiger nicht gleichwertige Sicherheit bestellt oder die Verteilung des Liquidationsvermögens bis zur Erfüllung dieser Verbindlichkeiten ausgesetzt wird.

Zu den nicht fälligen Forderungen gehören alle Ansprüche, die noch nicht klageweise geltend gemacht werden können, d.h. bestrittene, bedingte und in einem späteren Zeitpunkt fällige Verpflichtungen (127). Der Auflösungsbeschluss einer Aktiengesellschaft hat nicht die Fälligkeit aller Schulden zur Folge. Vereinbarungen der Gesellschaft mit den Gläubigern über vorzeitige Erfüllung später fällig werdender Forderungen sind zulässig. Damit wird die Hinterlegung hinfällig. Im übrigen ergibt sich die Fälligkeit aus Vertrag, wenn dieser einen Termin oder eine Frist setzt (128).

Ebenso sind nicht fällig die betagten und die bedingten Forderungen. Bestehen solche Forderungen, haben die Liqui-

(126) bejahend BGE 69 I 136 ff. und Schucany, N 1 zu Art. 744 OR; Funk und Gutzwiller, N 36 zu Art. 913 OR, sind der Meinung, dass nur dann gerichtlich zu hinterlegen sei, wenn zur Feststellung der Gläubiger ohne Erfolg alles versucht worden sei, was nach den Umständen vorgekehrt werden konnte. Bürgi, N 28 zu Art. 744 OR, und die herrschende Meinung lauten eher zu Gunsten der Hinterlegung in extensiver Auslegung einer Begünstigung, die das Gesetz einer bestimmten Kategorie von Gläubigern hat reservieren wollen.
Nach Weiss, S. 91, soll dem Gläubiger, der seine Forderung nicht angemeldet hat, für die Hinterlegungspflicht eine Erfüllungsklage zustehen.

(127) Fällig wird eine Forderung dann, wenn die Erfüllung sogleich geleistet und gefordert werden kann.

(128) Art. 75 OR.

datoren die Wahl zwischen der gerichtlichen Hinterlegung und der Bestellung einer gleichwertigen Sicherheit, wobei im Streitfall der Richter über die Gleichwertigkeit zu entscheiden hat. Die Hinterlegung oder Sicherstellung kann unterbleiben, wenn mit der Verteilung des Liquidationsüberschusses bis zur Fälligkeit bzw. bis zur Entscheidung über die streitige Forderung zugewartet wird.

Für bedingte Forderungen wie z.B. Bürgschaftsverpflichtungen ist der entsprechende Betrag zu hinterlegen bzw. eine gleichwertige Sicherheit zu leisten, bis feststeht, ob der Verpflichtung nachgekommen werden muss oder nicht. Fällt der Anspruch dahin, wird der hinterlegte Betrag oder die bestellte Sicherheit zum Liquidationsergebnis geschlagen.

Für bestrittene Forderungen gilt dasselbe: Ueber eingeräumte Sicherheiten oder einen deponierten Betrag kann zugunsten der Gesellschaft erst verfügt werden, wenn die Streitfrage zu ihren Gunsten entschieden ist (129).

Anders als bei der Kapitalherabsetzung (130) entscheidet während der Liquidation nicht der Gläubiger, ob für nicht fällige oder bestrittene Forderungen ein Betrag hinterlegt oder eine Sicherheit bestellt werden soll. Die Vorschrift über Hinterlegung und Sicherstellung ermöglicht, das vorläufige Liquidationsergebnis schon unter die Aktionäre zu verteilen, bevor alle Gläubiger den Gegenwert ihrer Forderungen erhalten haben. Dies jedoch nur dann, wenn darnach keine Gefahr für gewisse Gläubiger entsteht, bei der Verteilung zu Verlust zu kommen. Die Interessen der Liquidatoren in Hinsicht auf allfällige Schadenersatzpflichten werden damit gewahrt.

(129) Bürgi/Nordmann, N 29 zu Art. 744 OR.

(130) Art. 732 ff. OR.

Die sich in Liquidation befindliche Gesellschaft darf im Handelsregister erst gelöscht werden, wenn über das Los der sichergestellten und hinterlegten Verpflichtungen entschieden worden ist.

Die für die Hinterlegung zuständigen Gerichte bezeichnen die Kantone (131).

XIII. Art. 770 OR, Liquidation der Kommanditaktiengesellschaft.

Für die Auflösung der Kommanditaktiengesellschaft gelten nach Art. 770 Abs. 2 OR die gleichen Vorschriften wie für die Auflösung der Aktiengesellschaft. Demnach ist in Bezug auf die gerichtliche Hinterlegung fälliger Forderungen bekannter Gläubiger, die eine Anmeldung unterlassen haben, auf Art. 744 OR zu verweisen.

XIV. Art. 823 OR, Liquidation der Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Unter dem Abschnitt der Auflösung der GmbH verweist das Gesetz bezüglich der Bestellung und Abberufung von Liquidatoren, der Durchführung der Liquidation, der Löschung im Handelsregister und der Aufbewahrung der Geschäftsbücher auf die Bestimmungen des Aktienrechts. Auch die Vorschriften über die Hinterlegung sind daher dem Aktienrecht zu entnehmen.

(131) Funk, N 2 zu Art. 744 OR;
Schucany, N 1 zu Art. 744 OR.

XV. Art. 913 OR, Liquidation der Genossenschaft.

Das Gesetz verweist unter dem Abschnitt "Auflösung der Genossenschaft" auf die Vorschriften über die Liquidation der Aktiengesellschaft. Die in Art. 913 Abs. 2-5 OR aufgeführten Abweichungen betreffen nicht die Hinterlegung, sodass diesbezüglich die Vorschriften des Aktienrechts zur Anwendung gelangen.

In der Zürcher Zivilprozessordnung fallen die Bestimmungen über die Hinterlegung bei Liquidation einer Gesellschaft unter § 219 Ziff. 19 ZPO.

XVI. Art. 987 Abs. 1 OR, Kraftloserklärung einzelner Coupons.

Die Inhaberpapiere im Allgemeinen wie Aktien, Obligationen, Genussscheine, Couponsbogen, Bezugsscheine für Couponsbogen werden bei Glaubhaftmachung des Verlustes der Urkunde auf Begehren des Berechtigten hin durch den Richter am Wohnsitz des Schuldners, bei Aktien am Sitz der Gesellschaft, kraftlos erklärt (132).

Demgegenüber gilt für die Kraftloserklärung von Coupons ein spezielles vereinfachtes Verfahren. Banknoten und Ersatzmittel für Geld werden überhaupt nicht kraftlos erklärt.

Nach Art. 987 Abs. 1 OR hat der Richter im Falle des Abhandkommens von Coupons auf Begehren des Berechtigten zu verfügen, dass der Betrag bei Verfall oder, sofern der Coupon bereits verfallen ist, sofort gerichtlich hinterlegt werde.

(132) Art. 981-986 OR.

Nach Ablauf von drei Jahren seit dem Verfalltag ist, wenn sich inzwischen kein Berechtigter gemeldet hat, der Betrag nach Verfügung des Richters an den Gesuchsteller herauszugeben (133).

Dieses vereinfachte Verfahren greift auch dann Platz, wenn zwar nicht einzelne Coupons abhanden gekommen sind, diese jedoch nachträglich vom Titel abgetrennt und im Amortisationsverfahren über den Titel nicht eingeliefert werden (134).

Der gerichtlichen Kraftloserklärung kommt deshalb bei Inhaberpapieren eine besondere Bedeutung zu, weil der Schuldner nur gegen Aushändigung des Papiers zu leisten braucht und eine Vindikation von Inhaberpapieren nur gegen den bösgläubigen Besitzer zulässig ist.

Das Verfahren kommt auch dann zur Anwendung, wenn im Falle, da der Richter gemäss Art. 983 OR den unbekannten Inhaber durch öffentliche Bekanntmachung zur Vorlegung des Wertpapiers innert bestimmter Frist aufgefordert hat, der Titel auch innert Frist vorgelegt wird, jedoch einzelne Coupons fehlen.

In der Zürcher Zivilprozessordnung ist der Tatbestand nicht aufgeführt.

(133) Art. 987 Abs. 2 OR.

(134) BGE 64 II 30.

XVII. Art. 1032 OR, Hinterlegung der Wechselsumme.

Der Inhaber eines Wechsels, der an einem bestimmten Tag oder zu einer bestimmten Zeit nach der Ausstellung oder nach Sicht zahlbar ist, hat den Wechsel am Zahlungstag oder an einem der beiden Werktage zur Zahlung vorzulegen (135). Der Vorlegung der Zahlung steht die Einlieferung in eine von der Schweizerischen Nationalbank geleitete Abrechnungsstelle gleich.

Wird der Wechsel nicht innert der gesetzlichen Frist zur Zahlung vorgelegt, so kann der Schuldner die Wechselsumme bei der zuständigen Behörde auf Gefahr und Kosten des Inhabers hinterlegen.

Die Bestimmung geht von der Präsentation des Wechsels als der wichtigsten Einlösungsart aus. Durch die Präsentation zur Zahlung wird die Wechselschuld, von Natur aus eine Holschuld, in eine Bringschuld umgewandelt und der Schuldner zugleich in Verzug gesetzt. Wird die Zahlung am Verfalltag oder innert der gesetzlichen Frist nicht gefordert, so ist der Wechselgläubiger zur Hinterlegung berechtigt.

Dennoch stellt die Präsentation zur Zahlung keine Pflicht des Wechselgläubigers dar, und er verliert seinen Anspruch aus dem Wechsel gegenüber dem Hauptschuldner nicht, auch wenn er die rechtzeitige Präsentation zur Zahlung und damit die Protestaufnahme versäumt hat (136).

Die Hinterlegung der Wechselsumme ist in § 219 Ziff. 22 der Zürcher Zivilprozessordnung geregelt.

(135) Art. 991 Ziff. 4 OR und Art. 1023-1027 OR in Verbindung mit Art. 1028 OR.

(136) Guhl/Merz/Kummer, S. 841.

XVIII. Art. 1072 OR, Hinterlegung bei abhanden gekommenen Wechsel.

Unter den Bestimmungen über die Kraftloserklärung des Wechsels regelt das Gesetz den Fall, da derjenige, dem ein Wechsel abhanden gekommen ist, beim Richter des Zahlungsorts das Verbot zur Zahlung des Wechsels im Sinne einer vorsorglichen Massnahme verlangen kann.

Der Richter ermächtigt mit dem Zahlungsverbot den Gesuchsteller, am Verfalltag den Wechselbetrag zu hinterlegen, und bestimmt den Ort der Hinterlegung (137).

Der Wechsel untersteht als Ordrepapier nicht den Bestimmungen über Inhaberpapiere. Daher sind auch die Bestimmungen über die Kraftloserklärung der Inhaberpapiere mit der gerichtlichen Hinterlegung von Coupons bei Wechseln nicht anwendbar. Die Bestimmung über die Kraftloserklärung von Wechseln weicht von den Bestimmungen über die Kraftloserklärung von Inhaberpapieren ab. Lediglich das besondere Verfahren für Coupons entspricht dem Verfahren der Kraftloserklärung von Wechseln.

Ist der Inhaber des Wechsels bekannt, so setzt der Richter dem Gesuchsteller eine angemessene Frist zur Anhebung der Klage auf Herausgabe des Wechsels. Klagt der Gesuchsteller nicht binnen dieser Frist, so hebt der Richter das dem Bezogenen auferlegte Zahlungsverbot auf. Ist der Inhaber des Wechsels dagegen unbekannt, so kann die Kraftloserklärung des Wechsels verlangt werden.

Das Zahlungsverbot an den Wechselschuldner kann vorsorgliche Massnahme oder selbständige Anordnung sein, namentlich bei bekannten Wechselinhabern. Es handelt sich um ein

Zweiparteienverfahren (138).

Das Gesuch um Zahlungsverbot und Ermächtigung zur Hinterlegung ist eine Ergänzung zum Recht auf Vindikation. Die Vindikation kann notwendig werden, wenn dem Wechseleigentümer der Wechsel gestohlen wird oder verloren geht oder sonst wider seinen Willen abhanden gekommen ist. Als Ordrepapier untersteht der Wechsel der Klage auf Herausgabe beweglicher Sachen auf Grund der Besitzesrechtsklage (139). Diese Klage ist grundsätzlich nicht nur gegen bösgläubige, sondern auch gegen gutgläubige Besitzer zulässig. Im Interesse des Verkehrs tritt für den Wechsel jedoch eine Beschränkung dieser Klagemöglichkeit ein. Wenn sich nämlich der Besitzer des Wechsels, der auf Herausgabe belangt wird, auf eine zusammenhängende lückenlose Reihe von Indossamenten stützen kann, so braucht er den Wechsel nur dann herauszugeben, wenn ihm der böse Glaube oder wenigstens grobe Fahrlässigkeit bei der Erwerbung des Wechsels nachgewiesen werden können (140).

Die Zürcher Zivilprozessordnung regelt die Hinterlegung bei abhanden gekommenen Wechseln in § 219 Ziff. 23 ZPO.

XIX. Art. 1080 OR, Hinterlegung vor der Kraftloserklärung des Wechsels.

In den bereits dargestellten Bestimmungen über den Wechsel und dessen Kraftloserklärung ist auch vorgesehen, dass der Richter schon vor der Kraftloserklärung dem Annehmer bzw. Aussteller beim Eigenwechsel, die Hinterlegung und gegen

(138) Sträuli/Messmer, N 30 zu § 219 ZPO.

(139) Art. 934 ZGB.

(140) Art. 1006 Abs. 2 OR.

Sicherstellung selbst die Zahlung des Wechselbetrages zur Pflicht machen kann.

Diese richterliche Massnahme kann, ähnlich wie bei der Vindikation, mit dem Amortisationsverfahren verbunden sein. Art. 1080 OR ist das Gegenstück zu Art. 1072, indem analog zu Art. 168 Abs. 3 im Verhältnis zu Art. 168 Abs. 1 OR die erste Bestimmung zur Sicherung der Gläubigeransprüche, die letztere zu Gunsten des Schuldners aufgestellt sind (141).

XX. Art. 1098 OR, analoge Bestimmung für den eigenen Wechsel.

Die unter XVII. - XIX. beschriebenen Regeln für den gezogenen Wechsel gelten in Bezug auf die Hinterlegung auch für den Eigenwechsel.

C. Im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (SchKG).

XXI. Art. 24 SchKG, Depositenanstalten.

Nach Art. 24 SchKG bezeichnen die Kantone die Anstalten, welche gehalten sind, in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen Depositen anzunehmen.

Der Kanton Zürich hat in § 10 des Ausführungsgesetzes zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 27. Mai 1913 (142) unter dem Titel "Depositenanstalten" bestimmt: Depositenanstalten im Sinne von Art. 24 SchKG ist die Kantonalbank mit ihren Filialen". Wenn in einem Kreis die Benutzung

(141) Biedermann, S. 72.

(142) OS 29 608;
ZG 6 589.

einer Filiale der Kantonalbank erhebliche Schwierigkeiten bietet, so ist das Obergericht ermächtigt, eine andere solide Bank als Depositenanstalt zu bezeichnen (143).

Die Depositenanstalten haften für die von ihnen verwahrten Depositen. Andere als die von den Kantonen bezeichneten Depositenstellen dürfen nicht benutzt werden (144).

Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG) hat mehrere Vorschriften, welche dem Betreibungsamt vorschreiben, Geld, Wertpapiere oder Wertsachen bei der durch die Kantone bezeichneten Depositenstelle zu hinterlegen: Art. 9, 98, 144 Abs. 5, 264 Abs. 3, 277 und 313 SchKG.

Indessen fallen diese betreibungsamtlichen Depositionen nicht unter die zivilprozessualen Bestimmungen (145). Sie sind nicht geeignet, die Folgen des Zahlungsverzugs abzuwenden, sondern haben lediglich den Charakter von Sicherheitshinterlegungen. Die Hinterlegung ist allerdings eine Zahlung auf Recht hin und kann nicht durch eine beliebige andere Sicherstellung ersetzt werden (146). Sie tritt nicht an Stelle der nach Art. 306 Ziff. 2 SchKG zu leistenden Sicherheit, sondern neben sie.

(143) § 10 Abs. 3 des Gesetzes.

(144) BGE 53 III 3.

(145) Sträuli/Messmer, N 2 zu § 220 ZPO;
ZR 36 Nr. 103 und 54 Nr. 180.

(146) Kommentar Jaeger zu Art. 213 SchKG.

XXII. Art. 182 Ziff. 4 und Art. 184 Abs. 2 SchKG, Wechselrechtsvorschlag.

Nach Art. 182 Ziff. 4 SchKG wird der Rechtsvorschlag vom Gericht bewilligt, wenn eine nach Art. 1007 OR im Wechselrecht zulässige Einrede geltend gemacht wird und deren Inhalt glaubhaft erscheint. In diesem Fall kann der Rechtsvorschlag jedoch nur gegen gleichzeitige Hinterlegung der Forderungssumme in Geld oder Wertschriften erfolgen (147).

Die Wechseleinreden nach Art. 1007 OR betreffen denjenigen, der aus dem Wechsel in Anspruch genommen wird. Er kann dem Inhaber keine Einwendungen entgegensetzen, die sich auf seine unmittelbare Beziehungen zu dem Aussteller oder zu einem früheren Inhaber gründen, es sei denn, dass der Inhaber bei dem Erwerb des Wechsels bewusst zum Nachteil des Schuldners gehandelt hat (148).

Im Gegensatz zu den oben aufgeführten betreibungsamtlichen Hinterlegungen erfolgte die Hinterlegung nach Art. 182 Ziff. 4 SchKG beim Gericht (149). Sie ist Teil des gerichtlichen Verfahrens der Bewilligung des Rechtsvorschlages, welches der Einzelrichter im summarischen Verfahren entscheidet (150). Die Hinterlage ist daher dem Gericht, das über den Rechtsvorschlag entscheidet, zu übergeben (151). Es handelt sich nicht um eine Sicherstellung, sondern um eine Hinterlegung in dem Sinn, dass aus der Hinterlage die Forderung gegebenenfalls beglichen werden kann. Daher

(147) Art. 182 Ziff. 4 SchKG.

(148) Art. 1007 OR.

(149) Jaeger, N 13 zu Art. 182 SchKG;
Schmidlin, S. 156.

(150) § 213 Ziff. 6 ZPO, sog. Audienzrichter.

(151) Jaeger, N 12 und N 13 zu Art. 182 SchKG;
ZBJV 99 488.

dürfen nur Geld oder sofort realisierbare Wertschriften mit bestimmtem Kurswert, nicht aber z.B. Wertschriften, zu deren Realisierung nur der Deponent berechtigt ist, hinterlegt werden. Die Hinterlegung gilt als Zahlung auf Recht hin (152). Der hinterlegte Betrag fällt daher nicht in die Konkursmasse, wenn der Schuldner während der Pendenz des Prozesses in Konkurs fällt. Die Hinterlage dient, falls der Gläubiger im Prozess obsiegt, ausschliesslich und in erster Linie dessen Befriedigung.

Wird nach Art. 186 SchKG der Rechtsvorschlag im ordentlichen Verfahren vom Gericht endgültig aufgehoben, so erhält der Gläubiger das Recht, ohne weiteres die Herausgabe der Hinterlage bis zur Höhe der Forderungssumme zu verlangen.

Hat der Gläubiger indessen den Prozess nicht innert der nach Art. 184 SchKG bestimmten Frist von zehn Tagen angehoben, oder ist er im Prozess gegen den Schuldner unterlegen, so ist die Hinterlage dem Schuldner zurückzugeben (153).

D. Einführungsgesetz zum ZGB.

XXIII. § 235 a EG zum ZGB, Hinterlegung von Einzahlungen auf Aktien (Art. 633 OR).

§ 235 a des EG zum ZGB lautet: "Kantonale Depositenstelle für die Hinterlegung von Einzahlungen auf Aktien gemäss Art. 633 Abs. 3 OR ist die Zürcher Kantonalbank, und zwar deren Hauptsitz und die Zweigniederlassung. Der Re-

(152) Jaeger, N 12 zu Art. 182 SchKG.

(153) Art. 184 Abs. 2 SchKG.

gierungsrat kann weitere Depositenstellen bezeichnen" (154).

Diese Bestimmung ist zu unterscheiden von der Pflicht zur Hinterlegung von Aktien durch die Mitglieder des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft (Art. 709 OR). Diese Hinterlegung ist eine Einzahlung zwecks Sicherstellung als Haftungssubstrat für allfällige Verantwortlichkeiten aus der Geschäftsführung. Die Hinterlegung erfolgt bei der Gesellschaft.

Dagegen hat die Hinterlegung von Einzahlungen auf Aktien nach Art. 633 OR im Gründungsstadium einer Aktiengesellschaft zu erfolgen. Spätestens bis zur konstituierenden Versammlung ist ein Betrag von mindestens einem Fünftel des Nennwertes jeder Aktie bei einem Grundkapital von mindestens zwanzigtausend Franken zur ausschliesslichen Verfügung der Gesellschaft einzuzahlen. Die Einzahlungen sind bei der Zürcher Kantonalbank zu hinterlegen.

Die Zürcher Kantonalbank wird ebenfalls in § 3 der Verordnung des Obergerichts über die Verwahrung von Depositen, Kautionen und Effekten vom 23. November 1960 (155) als Depositenstelle von Wertschriften, die eine besondere Verwaltung erfordern, vorgesehen.

(154) vgl. azPO § 389a:

"Kantonale Depositenstelle für die Hinterlegung von Einzahlungen auf Aktien (OR Art. 633 Abs. 3) ist die Zürcher Kantonalbank (Hauptsitz und Filiale Winterthur);"

vgl. dazu auch: SJZ 76, S. 221 ff;

vgl. Verordnung betreffend die Hinterlegung von Einzahlungen auf Aktien vom 14. Dezember 1977 (ZG 46, S. 725).

(155) ZG 6 180.

§ 3 Subjekt und Objekt der Hinterlegung.

A. Die Subjekte der Hinterlegung.

I. Der Schuldner.

Die obligationenrechtliche Bindung des Schuldners an den Gläubiger ist auf Erfüllung der Schuldpflicht ausgerichtet. Der Schuldner erfüllt, indem er die vertraglich vereinbarte Leistung dem Gläubiger zukommen lässt. Mit der Erfüllung geht die Obligation unter.

Als Subjekt der Hinterlegung ist daher der Schuldner persönlich in erster Linie in Betracht zu ziehen, und zwar bei allen Arten der Hinterlegung (156).

Die Hinterlegung kommt in allen Fällen am ehesten dem Schuldner zugute und ist gerade in den Fällen der Erfüllung bzw. Erfüllungssurrogats für ihn gedacht, um ihm die Lösung aus dem Schuldverhältnis zu ermöglichen (157). Für die Hinterlegung zu Sicherungszwecken ist der Schuldner aber ebenfalls primär das Hinterlegungssubjekt.

Bei Gläubigerstreit hat der Schuldner das Recht, aber nicht die Pflicht zur Hinterlegung (158).

Der Schuldner kann aber auch durch Leistung an einen Nicht-Gläubiger von seiner Verpflichtung befreit werden (159). Der Nicht-Gläubiger kann dabei ein beliebiger Dritter sein, der weder gesetzlicher Vertreter noch Bevollmächtigter ist. Die Leistung an diesen wirkt aller-

(156) vgl. unten § 4, S. 63 ff.

(157) Biedermann, S. 82.

(158) BGE 82 II 466.

(159) Art. 38 OR; Imboden, S. 17/18.

dings nur dann als Erfüllung, wenn der Gläubiger entweder vorher oder nachher dazu seine Zustimmung erteilt, oder wenn die Forderung nachträglich auf den Dritten übergeht, z.B. durch Erbfolge. Ebenso kann der Dritte ein vertraglich vereinbarter Zahlungsempfänger sein, wobei der Schuldner in diesem Fall ein vertraglich festgesetztes Recht erhält, an den Dritten zu leisten.

Der Schuldner kann aber auch an einen Nichtschuldner leisten, wenn es auf dessen Person nicht ankommt (160).

Eine Leistung an einen Nicht-Gläubiger mit befreiender Wirkung liegt z.B. dann vor, wenn der Schuldner den Zins einer Grundpfandverschreibung an den zu Unrecht im Grundbuch eingetragenen Gläubiger leistet (161), oder wenn er z.B. an den nicht mehr Bevollmächtigten des Gläubigers leistet (162). Der Schuldner wird durch die Leistung an einen solchen Dritten von seiner Schuldpflicht genau so befreit, wie wenn er an den wirklichen Gläubiger geleistet hätte. Liegen daher in diesem Fall beim "falschen" Gläubiger die Voraussetzungen vor, ist der Schuldner zur Hinterlegung berechtigt (163).

Theoretisch denkbar ist sogar der Fall, da ein Nicht-Schuldner einem Nicht-Gläubiger die Leistung anbietet und, falls die Leistung nicht angenommen wird, diese für den Dritten hinterlegt.

(160) Oser/Schönenberger, N 3 zu Art. 92 OR;
Art. 68 OR.

(161) Art. 973 ZGB.

(162) Art. 37 OR.

(163) Imboden, S. 18.

II. Die Solidarschuldner.

Beim Gesamtschuldverhältnis haften mehrere Solidarschuldner entweder von Gesetzes wegen oder auf Grund ihrer Erklärung jeder einzeln für die Erfüllung der gesamten Schuld (164). Jeder kann den Gläubiger durch Zahlung oder Verrechnung befriedigen, sodass auch die übrigen Schuldner befreit sind (165).

Jeder der Schuldner ist demgemäss zur Hinterlegung berechtigt, wenn gegenüber einem von ihnen die Voraussetzungen gegeben sind (166). Die Hinterlegung ist demnach wirksam auch für die übrigen Gesamtschuldner und hat deren Befreiung von der Leistung zur Folge, oder sie hat Sicherheitsfunktion, je nach dem Zweck der Hinterlegung.

III. Die Gesamtgläubigerschaft (Solidargläubigerschaft).

Anders als im Gesamtschuldverhältnis gilt für das Verhältnis des Schuldners zu mehreren Gläubigern, dass der Schuldner bei Vorliegen einer der Voraussetzungen bei einem der Gläubiger nur diesem gegenüber zur Hinterlegung berechtigt ist. Solange er davon nicht Gebrauch macht, kann er von jedem der andern Gläubiger zur Leistung angehalten werden.

Der Annahmeverzug eines Gläubigers befugt den Schuldner bloss zur Hinterlegung für diesen Gläubiger (167).

(164) Art. 143 OR.

(165) Art. 147 OR.

(166) Oser/Schönenberger zu Art. 147 OR;
Biedermann, S. 82;
Imboden, S. 15.

(167) von Tuhr/Escher, S. 322.

Erst durch die Hinterlegung gegenüber einem Gläubiger gelangt der Schuldner in den Genuss der Folgen der Hinterlegung (168).

Solidarität unter mehreren Gläubigern entsteht, wenn der Schuldner erklärt, jeden einzelnen auf die Forderung berechnen zu wollen (169), sowie in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen (170). Die Leistung an einen der Solidargläubiger befreit den Schuldner gegenüber allen. Der Schuldner hat die Wahl, an welchen Solidargläubiger er leisten will, solange er nicht von einem der Gläubiger belangt (171).

IV. Der Dritte.

Es stellt sich die Frage, ob auch jeder Dritte Subjekt der Hinterlegung sein könne, insbesondere auch dann, wenn er am Schuldverhältnis in keiner Hinsicht beteiligt ist, wie z.B. der Bürge oder der Pfandschuldner. Die Problemstellung ist dieselbe wie bei der normalen Erfüllung, nämlich die Beantwortung der Frage, ob ein aussenstehender Dritter ebenfalls die Möglichkeit habe, selbständig das Schuldverhältnis zu beenden.

Art. 68 OR verpflichtet den Schuldner nur dann persönlich zu erfüllen, wenn es bei der Leistung auf seine Persönlichkeit ankommt. Gemeint sind damit etwa Leistungen aus Arbeitsvertrag, aus Werkvertrag, Auftrag, Verlagsvertrag oder aus Gesellschaftsvertrag bei der einfachen Gesell-

(168) Biedermann, S. 83.

(169) Hauptanwendungsfall: compte joint.

(170) Zum Beispiel Art. 264 Abs. 3 und Art. 399 Abs. 3 OR, siehe weitere Beispiele bei Guhl/Merz/Kummer, S. 27.

(170) Art. 150 OR.

schaft. Es betrifft allgemein solche Leistungen, die ein besonderes Geschick oder sonst besondere persönliche Eigenschaften fordern, wobei gerade dieser Eigenschaften wegen der Gläubiger zum Vertragsabschluss bewogen worden sein muss. In allen andern Fällen jedoch ist jeder Dritte zur Leistung an Stelle des Schuldners berechtigt.

In Analogie zu dieser Lösung bei der Erfüllung einer Obligation durch Dritte ist infolgedessen auch die Hinterlegung durch Dritte grundsätzlich zu bejahen, sofern die Voraussetzungen dafür, sowohl was die Hinterlegung betrifft, als auch was die Berechtigung zur Erfüllung angeht, gegeben sind. Demnach kann jeder, der ein Interesse daran hat und dazu berechtigt ist, hinterlegen (172).

Ein Dritter kann sogar gegen Wissen und Willen des Schuldners die Leistung bewirken (173). Nach den Regeln des Schweizerischen Obligationenrechts nämlich darf der Gläubiger eine Leistung, die gegen den ausdrücklichen Willen des Schuldners vorgenommen wird, nicht ablehnen, auch dann nicht, wenn der Schuldner der Leistung des Dritten für ihn widerspricht. Verweigert der Gläubiger in diesem Fall die Annahme der Leistung, gerät er so in Annahmeverzug, und der Schuldner bzw. der Dritte kann sich durch die Hinterlegung befreien bzw. die Leistung sicherstellen.

Allerdings ist bei der Hinterlegung durch einen Dritten festzuhalten, dass der Dritte kein eigenes Hinterlegungsrecht erhält, sondern dieses nur ausüben darf, sofern der Schuldner nicht widerspricht oder die Voraussetzungen beim Schuldner gegeben sind. Stets übt der Dritte aber ein Recht des Schuldners aus.

(172) von Tuhr/Escher, S. 76;
Portmann, S. 18;
Imboden, S. 15/16;
Biedermann, S. 85.

(173) Imboden, S. 16.

V. Der Rechtsnachfolger.

Nicht nur der ursprüngliche Schuldner, sondern jeder Rechtsnachfolger ist in bezug auf das betreffende Schuldverhältnis zur Hinterlegung berechtigt. Dies erhellt aus dem Grundsatz, dass jeder Rechtsnachfolger in die Rechte und Pflichten des Vorgängers eintritt, soweit nicht dessen persönliche Eigenschaften bestimmend waren.

Von Bedeutung wird diese Tatsache, wenn der Gläubiger einer internen Schuldübernahme gemäss Art. 175 OR nicht zustimmt. In diesem Fall nämlich wird der Gläubiger auf einen Erfüllungsversuch durch den Uebernehmer nicht eintreten und dadurch die Voraussetzung für die Hinterlegung schaffen. Der Schuldübernehmer wird nur gerade durch die Hinterlegung gegenüber dem Altschuldner das Befreiungsversprechen einlösen.

Ein Sonderfall, bei dem ein Dritter Rechtsnachfolger einer Schuld wird, ist in Art. 110 OR unter der sog. Subrogation geregelt. Ein Dritter tritt, soweit er den Gläubiger befriedigt, in die Rechte des Gläubigers ein, wenn er eine für fremde Schuld verpfändete Sache einlöst, an dem ihm das Eigentum oder ein beschränktes dingliches Recht zusteht, oder wenn der Schuldner dem Gläubiger anzeigt, dass der Zahlende an die Stelle des Gläubigers treten soll. Löst der Eigentümer eine für fremde Schuld verpfändete Schuld ein, und erzwingt er damit den Eintritt in die Rechte des Gläubigers, so kann er im Fall, da der Gläubiger die Annahme der Schuld verweigert, sich ohne weiteres durch die Hinterlegung befreien und in die Gläubigerrechte eintreten (174).

(174) Biedermann, S. 84;
Leemann zu Art. 827 ZGB.

VI. In der Zwangsvollstreckung und im Konkurs.

Die Zwangsvollstreckung für Forderungen auf Geldzahlungen oder auf eine Sicherheitsleistung durch Geldhinterlage wird bekanntlich auf dem Weg der Schuldbetreibung durchgeführt (175).

In der Zwangsvollstreckung gelten grundsätzlich nicht andere Voraussetzungen für die Hinterlegung als im Verfahren davor. Um seinen Anspruch durchzusetzen, kann der Vollstreckungskläger auch im Stadium der Zwangsvollstreckung seine eigene Leistung hinterlegen und sich so von der eigenen Verpflichtung befreien (176), wenn der Vollstreckungsbeklagte verpflichtet bzw. berechtigt ist, gegen eine Leistung des Vollstreckungsklägers Zug um Zug zu erfüllen. Denn auch wenn der Vollstreckungsbeklagte die ihm gehörig angebotene Leistung des Vollstreckungsklägers zurückgewiesen hat, wird der Vollstreckungsbeklagte nicht vorleistungspflichtig. Seine Verpflichtung bleibt vielmehr eine Austauschschuld (177).

Die Hinterlegung erfolgt diesfalls mit der Massgabe, dass der Vollstreckungsbeklagte die Herausgabe der Hinterlage erst dann verlangen kann, wenn er sich darüber ausweist, dass er seinerseits erfüllt hat.

In dieser Weise kann auch verfahren werden, wenn der Vollstreckungsbeklagte zwar bereit wäre, die Leistung des Vollstreckungsklägers entgegenzunehmen, die Erbringung der eigenen Leistung aber ablehnt und der Vollstreckungskläger aus diesem Grund die eigene Leistung

(175) Art. 38 SchKG.

(176) BGE 79 II 283.

(177) BGE 79 II 282.

zurückbehält. Auch in diesem Fall liegt Annahmeverzug vor, der zur Hinterlegung berechtigt, weil der Vollstreckungsbeklagte nicht so annimmt, wie es dem Rechtsverhältnis entspricht (178).

Der Vollstreckungskläger braucht dann nicht zu hinterlegen, um seinen Anspruch durchsetzen zu können, wenn der Beklagte eine Leistung schuldet, deren Erbringung im Vollstreckungsverfahren durch physische Gewalt erzwungen werden kann. Die Vollstreckung kann diesfalls mit der Massgabe angeordnet werden, dass das Gericht bzw. das Vollstreckungsorgan den Leistungsgegenstand dem Vollstreckungskläger erst herausgebe, wenn er sich über die Erfüllung seiner eigenen Leistung ausgewiesen habe. In dieser Weise muss insbesondere dann verfahren werden, wenn der Vollstreckungskläger seine eigene Leistung nicht hinterlegen kann, z.B. wenn der Vollstreckungskläger dem Vollstreckungsbeklagten ein Grundstück zu übereignen hat.

Unter Umständen kann der Vollstreckungskläger aber auch den eigenen Anspruch durch Erwirken einer einstweiligen Verfügung (Beschlagnahme oder Vormerkung im Grundbuch) so sichern, dass er ohne Gefahr die eigene Leistung vorzeitig erbringen kann.

B. Die Objekte der Hinterlegung.

I. Geld, Wertpapiere und andere bewegliche Sachen.

In diesem Abschnitt ist zunächst dasjenige, das hinterlegt werden muss, um eine Hinterlegung wirksam zu machen, zu unterscheiden von dem, was hinterlegt werden kann.

Es besteht diesbezüglich ein Unterschied zwischen der Erfüllungs- und der Sicherheitshinterlegung. Bei der Sicherheitshinterlegung tritt das Hinterlegungsobjekt an die Stelle der Streitsache, indem es als eventuelles Befriedigungsmittel und damit als Ersatz der im Streit stehenden Sache bestimmt wird. Beim Erfüllungssurrogat hingegen ist zwischen der geschuldeten Sache und dem Depositum absolute Identität notwendig, um überhaupt die gewünschte Wirkung zu erzielen (179). Eine Ausnahme ist die Geldhinterlage nach dem Selbsthilfeverkauf, wo das Geld an die Stelle der ursprünglich geschuldeten Sachleistung getreten ist.

Aus der Natur der Hinterlegung als Erfüllungssurrogat ergibt sich, dass zur vollständigen Befreiung des Schuldners genau das zu hinterlegen ist, was bei normaler Erfüllung zu leisten wäre. Das heisst, dass die hinterlegte Sache so beschaffen sein muss, dass der Gläubiger bei einem Angebot keinen Grund zu einer gerechtfertigten Annahmeverweigerung finden könnte.

Das Obligationenrecht bezeichnet an verschiedenen Stellen die Hinterlegungsobjekte: bewegliche Sachen (Art. 472 ff. OR), Geldleistungen und Zahlungen (Art. 168, 451, 744 OR), Waren (Art. 92, 444 OR), Vollmachtsurkunden (Art. 36 OR).

(179) Biedermann, S. 89;
Portmann, S. 49;
Oser/Schönenberger, N 3 zu Art. 92 OR.

Die Zürcher Zivilprozessordnung widerspricht dem materiellen Recht in dieser Hinsicht nicht. § 220 ZPO hält Geld, Wertpapiere und andere bewegliche Sachen als Hinterlegungsobjekte fest. In den übrigen Bestimmungen verweist die ZPO auf die Bestimmungen des materiellen Rechts. Das materielle und das formelle Recht ergänzen sich in dieser Hinsicht.

Es können demnach alle beweglichen Sachen hinterlegt werden, d.h. Güter, die Gegenstand des Austausches im Handelsverkehr sind bzw. Werte, die verkauft werden (180). Das Recht zur Hinterlegung sowohl zu Erfüllungszwecken wie auch als Sicherheitshinterlegung setzt jedoch voraus, dass es sich um eine Sachleistung handle, also um eine körperliche bewegliche Sache, an welcher das Eigentum oder der Besitz verschafft wird, und dass diese Sache nach ihrer Beschaffenheit und wirtschaftlich sich zur Hinterlegung eigne (181).

Bei den zur Hinterlegung nicht geeigneten Sachen ist zu unterscheiden zwischen denjenigen, die infolge ihrer Beschaffenheit nicht hinterlegt werden können und denjenigen, bei denen nach der Art des Geschäftsbetriebes die Hinterlegung nicht tunlich erscheint, sowie solchen, die dem Verderben ausgesetzt und daher für die Hinterlegung ungeeignet sind, und schliesslich solchen, deren Hinterlegung ausgeschlossen ist, weil diese erhebliche Unterhalts- oder Aufbewahrungskosten erheischen (182).

(180) Beispiele aus der Praxis sind: Weinlieferungen, Vollmacht, Personenwagen, Wertschriften, antike Bronzeplastik, Madonnenfigur, Bierhumpen.

(181) Becker, N 10 zu Art. 92 OR.

(182) Art. 93 Abs. 1 OR.

Imboden (S. 20) und Portmann (S. 50) erwähnen als nicht hinterlegungsfähige Objekte z.B. Sprengstoff und Dynamit. Ob dies heute noch zutrifft, erscheint fraglich. M.E. wäre die Hinterlegung von solch gefährlichen Objekten ein organisatorisches Problem, das mit einem explosionssicheren Ort zu lösen wäre.

Nicht tunlich erscheint eine Hinterlegung beispielsweise von Kleidungsstücken, die nach dem Reinigen in der Wäsche-
rei nicht abgeholt werden und die sich daher in grossen
Mengen derart anstauen, dass auch ein längeres Aufbewahren
auf der Hinterlegungsstelle weiter nicht mehr angängig
ist (183).

Zu den Sachen, die der Verderbnis ausgesetzt sind, gehören
vor allem solche, die dem Gläubiger durch deren Aufbewah-
rung einen unverhältnismässig grossen Schaden zufügen wür-
den, wie beispielsweise Milch, Weine etc. (184). Ähnlich
gelagert sind die Fälle, deren Hinterlegung unverhältnis-
mässig hohe Unterhalts- oder erhebliche Aufbewahrungskosten
verursachen würden, z.B. Tiere etc. (185).

Für bewegliche Sachen, die in oben beschriebenem Sinne
zur Hinterlegung nicht geeignet sind, gelangen die Regeln
über den Selbsthilfeverkauf zur Anwendung.

Der Selbsthilfeverkauf selber ist weder Erfüllung noch Er-
füllungssurrogat noch Sicherstellung. Er ist bloss Mittel
zum Zweck, der darin besteht, eine nicht hinterlegungs-
fähige Sache in eine hinterlegungsfähige, nämlich Geld um-
zuwandeln. Der Erlös des Selbsthilfeverkaufs nämlich hat
der Schuldner nicht dem Gläubiger auszuhändigen, sondern
zu hinterlegen (186).

(183) Imboden, S. 22;
Sten Bull Nationalrat 1909-1911, S. 533;
Sten Bull Ständerat 1910/11, S. 179.

(184) Imboden, S. 22.

(185) Imboden, S. 23.

(186) Art. 93 Abs. 1 OR;
Ueber den Selbsthilfeverkauf i.E.:
Oser/Schönenberger, zu Art. 93 OR;
Becker, zu Art. 92/94 OR;
Portmann, S. 93 ff.
Imboden, S. 28 ff.

Nicht geeignet zur Hinterlegung sind ferner Schuldurkunden, die nicht Wertpapiere sind, sofern damit Befreiung des Schuldners bewirkt werden soll. Die Befreiung könnte nur dann eintreten, wenn die Verfügung über die Forderung fortan nicht mehr dem alten, sondern dem neuen Gläubiger zustünde. Diese Wirkung tritt aber nur durch Abtretung ein und nicht schon durch blosser Hinterlegung der Schuldurkunde (187). Ein WIR-Check hingegen hat zwar nicht Wertpapiercharakter (188), ist aber als bewegliche Sache hinterlegungsfähig (189).

Ferner sind zur Hinterlegung unter allen Umständen nicht geeignet die unbeweglichen Sachen (190). Bei Streitigkeiten über unbewegliche Sachen kann jedoch der Richter durchaus ebenfalls sichernde Massnahmen, analog zur Hinterlegung als Sicherheitsleistung, anordnen mittels der durch Art. 960 und Art. 961 ZGB vorgesehenen vorläufigen Eintragung im Grundbuch.

Die Hinterlegung der Schlüssel einer Wohnung hat keine befreiende Wirkung (191). Auch hat die Hinterlegung eines Beweismittels nicht die Wirkung für das bewiesene Recht (192). Wohl aber vertritt ein Warenpapier die Ware, weshalb die Hinterlegung des Warenpapiers für die Ware zulässig ist.

(187) Becker, N 10 zu Art. 92/94 OR;
von Tuhr/Escher, S. 77, N 4;
a.M. Portmann, S. 51.

(188) BGE 95 II 176.

(189) Obergericht Kanton Zürich, unveröffentlichter Entscheid der II. Zivilkammer vom 29. März 1973, i.S.S.W. ca. W.W.

(190) Oser/Schönenberger, N 3 zu Art. 92 OR;
Imboden, S. 19;
Portmann, S. 51.

(191) BGE 21, S. 243.

(192) Oser/Schönenberger, N 3 zu Art. 92 OR.

Wenn das Gesetz in Art. 92 OR bei der Hinterlegung zwecks Schuldbefreiung von der Hinterlegung der geschuldeten Sache spricht, ist damit die Hinterlegung des Gegenstandes gemeint, der die vollständige Erfüllung zu bewirken im Stande ist. Daher ist das ganze Schuldobjekt mitsamt den Nebenleistungen wie Zinsen zu hinterlegen, da der Gläubiger zu Annahme von Teilleistungen nach Art. 68 OR nicht verpflichtet ist (193).

II. Die Hinterlegung von Schiedsgerichtsurteilen.

Den speziellen Fall der Hinterlegung von Schiedsgerichtsurteilen sehen verschiedene kantonale Prozessgesetze in der Form vor, dass sie es einem Schiedsgericht zur Pflicht machen, eine Ausfertigung des Urteils oder gar der gesamten Prozessakten bei einer staatlichen Gerichtsstelle zu hinterlegen (194).

In der Ostschweiz wird die Hinterlegung des Schiedsgerichtsurteils lediglich im Sinne einer Ordnungsvorschrift verlangt (195).

Nach der Zürcher Zivilprozessordnung (196) muss eine Ausfertigung des Entscheids nebst den Akten, welche den Parteien nicht zurückzugeben sind, unter allen Umständen aufbewahrt werden. Die Aufbewahrung kann entweder beim Obmann erfolgen oder bei der Obergerichtskanzlei, jedoch

(193) Portmann, S. 49;
Biedermann, S. 87.

(194) UR, SZ, FR, SH, AR, AI, AG, VD, NE, GE,
vgl. Guldener, S. 612.

(195) Guldener, S. 612.

(196) § 254 Abs. 3 ZPO.

kann jede Partei verlangen, dass die Verwahrung durch das Obergericht erfolgt. Für die Beachtung der Aufbewahrungsvorschriften ist der Obmann verantwortlich (197).

(197) Sträuli/Messmer/Wiget, N 4 zu § 255 ZPO.

§ 4 Die Hinterlegungsarten und ihre Abgrenzungen.

In Gesetz und Literatur wird zwischen mehreren Arten von Hinterlegung unterschieden.

Nach Art. 92 OR beispielsweise bewirkt die Hinterlegung bei Gläubigerverzug die Befreiung des Schuldners von seiner Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger, während die Hinterlegung nach Art. 760 ZGB zwecks Sicherstellung der Nutzniessung von Wertpapieren erfolgt. Andererseits befreit sich der Schuldner bei Vorliegen eines Prätendentenstreits nach Art. 168 wiederum durch gerichtliche Hinterlegung. Nach Art. 472 ff. OR verpflichtet sich der Aufbewahrer durch den Hinterlegungsvertrag dem Hinterleger gegenüber, eine bewegliche Sache zu übernehmen und sie sicher aufzubewahren.

In der Literatur schliesslich finden sich weitere Hinterlegungsarten, wie diejenige als Erfüllungssurrogat oder die Hinterlegung als Erfüllung (198).

Es ist oftmals nicht einfach, die einzelnen Arten der Hinterlegung auseinanderzuhalten, obwohl sich unter Umständen je nach der Qualifikation des Hinterlegungstatbestandes verschiedene Konsequenzen ergeben können.

Um die einzelnen Arten der Hinterlegung von einander abzugrenzen, werden im folgenden verschiedene Kriterien unterschieden.

Ein erstes Unterscheidungsmerkmal ist das Rechtsverhältnis, das die Aufbewahrung einer Sache zum Gegenstand hat. Je nachdem, ob einzig zwischen dem Hinterleger und der Hinterlegungsstelle ein solches Rechtsverhältnis besteht, oder ob die Rechtsbeziehung zwischen Hinterleger und Hinterlegungsstelle mit einem weiteren Rechtsverhältnis

(198) Biedermann, S. 6.

letzterer zu einer Drittperson in Verbindung steht, liegen verschiedene Arten der Hinterlegung vor.

Weiter wird danach unterschieden, ob die mit der sicheren Verwahrung zusammenhängende Entfernung des Hinterlegungsobjektes aus dem Machtbereich des Hinterlegers freiwillig oder von Gesetzes wegen erfolge. Je nachdem ist die Wahl des Hinterlegungsortes und der Hinterlegungsstelle dem freien Willen des Hinterlegers überlassen oder durch Vereinbarung bzw. Vorschriften bestimmt.

Schliesslich wird danach unterschieden, ob die Hinterlegung im Interesse des Hinterlegers oder im Interesse des berechtigten Dritten erfolgt.

I. Die Hinterlegung als Erfüllung.

Der Obligation als Rechtsbeziehung zwischen Schuldner und Gläubiger, welche den einen zu einer Leistung verpflichtet und den andern darauf berechtigt, ist begriffswesentlich, dass sie mit der Erfüllung der Schuldpflicht untergeht (199). Das Obligationenrecht regelt die Erfüllung in den Art. 68-96 OR.

Durch die Erfüllung kommt dem Gläubiger das zu, worauf er berechtigt war. Mit der Befreiung des Schuldners aus seiner Schuldpflicht und der Befriedigung des Gläubigers geht die Obligation unter (200), denn die Forderung (vom Standpunkt des Gläubigers aus) bzw. die Schuld (vom Schuldner her gesehen) ist mit der Erfüllung getilgt.

(199) von Tuhr/Escher, S. 1.

(200) Guhl/Merz/Kummer, S. 205.

Die Hinterlegung kann daher nur als wirkliche Erfüllung gelten, wenn sie den eigentlichen Inhalt des Schuldverhältnisses bildet und letzteres durch dieselbe erlischt. Dies aber ist nur möglich, wenn die Parteien vertraglich die gerichtliche Hinterlegung als Leistung oder Gegenleistung fixieren; sie ist somit lediglich Vertragsgegenstand, es gibt keine gesetzlichen Fälle, bei welchen die Hinterlegung als Erfüllung vorgesehen ist bzw. die Hinterlegung mit der Erfüllung identisch ist (201).

Der Schuldner ist infolgedessen zur Hinterlegung verpflichtet, will er sich aus der Schuldpflicht befreien. Die Hinterlegung als Parteivereinbarung ist im Rahmen der in Art. 19 OR garantierten Vertragsfreiheit zulässig.

Die Hinterlegung als Erfüllung einer Obligation ist eher selten. Viel eher ist die Hinterlegung jeweils eng mit andern, der Erfüllungshinterlegung nahe stehenden Arten, nämlich der Sicherheitshinterlegung und der Hinterlegung als Erfüllungssurrogat eng verknüpft. Die Hinterlegung als Erfüllung erfolgt indessen, im Gegensatz zur Hinterlegung zu Sicherheitszwecken, nicht im Interesse der einen oder andern Vertragspartei, sondern ist Vertragsinhalt, d.h. der Schuldner ist aufgrund der Vereinbarung verpflichtet zu hinterlegen. Der Gläubiger seinerseits, der allenfalls wegen eines andern Rechtsverhältnisses zu einem Dritten ebenfalls hinterlegen muss oder kann, ist berechtigt, dazu gerade die fällige Leistung des Schuldners zu benutzen.

So kommt die Hinterlegung als Erfüllung z.B. dann vor, wenn der Gläubiger nicht mehr persönlich mit dem Schuldner verkehren will und deshalb als Erfüllungsort den Hinter-

(201) Portmann, S. 34.

legungsort mit der entsprechenden Hinterlegungsstelle vereinbart (202).

Der Schuldner hat bei der Hinterlegung als Erfüllung das zu hinterlegen, was vereinbart wurde bzw. gesetzlich vorgesehen ist (203).

Die Hinterlegung als Erfüllung hat dieselbe Wirkung wie die Erfüllung: Die Obligation geht unter und bringt auch sämtliche Nebenrechte wie Bürgschaft, Pfandrecht, Konventionalstrafe zum Erlöschen. Der Schuldner wird insofern befreit, als die Hinterlegung vertragsgemäss erfolgt ist und auch die Zinsen mitumfasst.

Analog zu jeder Leistung als Erfüllung ist auch bei der Hinterlegung als Erfüllung ein Rücknahmerecht durch den Schuldner ausgeschlossen. Dem Schuldner steht immerhin ein Rückforderungsrecht zu, im Falle da die Voraussetzungen der Bereicherungsklage nach Art. 63 OR gegeben sind.

II. Die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat.

Der Leistungspflicht des Schuldners steht das Annahmerecht des Gläubigers gegenüber.

Im Gegensatz zum Schuldner, den die Obligation zur Leistung verpflichtet, ist der Gläubiger zur Annahme der schuldnerischen Leistung nicht verpflichtet, sondern dazu bloss be-

(202) Portmann, S. 7, N 27;
dazu der Fall in BGE 21, S. 809.

(203) Im Fall von Art. 168 Abs. 3 OR ist es die fällige Schuld, in Art. 774 und Art. 906 ZGB die Kapitalrückzahlung bzw. der geschuldete Betrag in Geld.

rechtigt (204).

Obwohl die Erfüllungshandlung des Schuldners in den meisten Fällen eine Mitwirkung des Gläubigers erfordert, ist der Gläubiger zu dieser Mitwirkung nicht verpflichtet, da ihm die Geltendmachung einer Forderung, wie jedes anderen Rechtes, freisteht (205), und es sich bei der Ausübung dieses Rechts bloss um eine Obliegenheit, nicht aber um eine Rechtspflicht handelt.

Immerhin aber hat der Schuldner ein grosses Interesse daran, dass der Gläubiger von seinem Annahmerecht Gebrauch macht, denn dadurch kann der Schuldner sich seinerseits der Leistungspflicht entschlagen. Das Gesetz hat daher dem Gläubiger ebenfalls gewisse Nachteile auferlegt, wenn er durch Nichtannahme der Leistung in Annahme- oder Gläubigerverzug gerät. Diese Nachteile unterscheiden sich indessen von der Wirkung des Schuldnerverzugs insofern, als der Gläubigerverzug nicht die für den Schuldnerverzug charakteristischen Schadenersatzfolgen nach sich zieht.

Dem Schuldner ist auf Grund der Interessenlage durch das Gesetz ein Mittel zur Verfügung gestellt worden, damit er sich der Verbindlichkeit dem Gläubiger gegenüber entledigen kann, wenn er dazu bereit ist und auf Seiten des Gläubigers Verzug vorliegt.

Es handelt sich dabei nicht um die direkte Erfüllung, die ja auf Grund des Verzugs auf der Gläubigerseite nicht mehr möglich ist, jedoch um eine Erfüllungsmöglichkeit, die der Erfüllung nahesteht, nämlich um ein sogenanntes Ersatzmittel der Erfüllung oder Erfüllungssurrogat (206).

(204) Guhl/Merz/Kummer, S. 228.

(205) von Tuhr/Escher, S. 69.

(206) Biedermann, S. 7 ff; Portmann, S. 17.

Für den Gläubiger andererseits ist es auch bei Vorliegen des Verzugs auf seiner Seite von Interesse, dass der Schuldner ein möglichst ungefährliches und sicheres Ersatzmittel wählt, damit er die ihm zustehende geschuldete Leistung vereinbarungsgemäss und ungeschmälert erhält. Jedoch ist dem Schuldner wiederum nicht eine Ersatzbefriedigung zuzumuten, welche grosse Mühe und Kosten verursacht.

Unter diesem Gesichtspunkt und auf Grund dieser Interessenlage ist auch für den Gläubiger die Hinterlegung das sicherste Surrogat der Erfüllung (207).

Die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat steht der Hinterlegung als Erfüllung insofern nahe, als bei beiden Arten der Hinterlegung der Wille des Schuldners auf die Beendigung der Obligation gerichtet sein muss (208). Fehlt dieser animus solvendi, hat die Hinterlegung nicht die Wirkung der Erfüllung und ist daher nicht eine Hinterlegung als Erfüllungssurrogat.

Der Wille des Schuldners ist immer dann nicht auf Erfüllung gerichtet, wenn die Hinterlegung zur blossen Abwendung eines Nachteils vorgenommen wird (209).

Der Schuldner vermeidet diesfalls mit der Hinterlegung gerade die richtige Erfüllung, weil er die Rechte des Gläubigers bestreitet oder sich durch die Hinterlegung nichts zu Schulden kommen lassen bzw. Beweise sichern will (Art. 36 OR). Hier liegt allenfalls eine Hinterlegung als Sicherheitsleistung vor, nicht aber eine solche

(207) Portmann, S. 17.

(208) Biedermann, S. 7.

(209) ZR 22 Nr. 121.

als Erfüllungssurrogat (210).

Die Hinterlegung zum Zweck des Erfüllungssurrogates hat für den Schuldner die gleiche befreiende Wirkung wie die Erfüllung. Jedoch hat der Gläubiger, im Unterschied zur Erfüllung durch Hinterlegung, solange keinen Vorzug vor den übrigen Schuldnern, als er die Hinterlegung nicht angenommen hat (211). In dieser Hinsicht unterscheidet sich die Hinterlegung, obwohl diese die Befreiung des Schuldners herbeiführt, von der Erfüllung (212).

Infolge der Befreiung des Schuldners durch Hinterlegung geht die Gefahr für die hinterlegte Sache mit der Hinterlegung auf den Gläubiger über. Im Unterschied zur Erfüllungshinterlegung, bei welcher naturgemäss eine Rücknahme nicht mehr möglich ist, kann bei der Hinterlegung als Erfüllungssurrogat der Schuldner vor erfolgter Annahmeerklärung durch den Gläubiger bzw. einer entsprechenden Handlung (z.B. in Empfangnahme der Sache oder Abholen des Geldes etc.) die hinterlegte Sache zurücknehmen.

Bei der Hinterlegung als Erfüllungssurrogat steht die Einrede des nichterfüllten Vertrages den Parteien nicht zu (213).

-
- (210) Anders beim Gläubigerstreit:
Hier bestreitet der Schuldner nicht den Gläubigeranspruch, sondern die Gläubiger selber sind unter sich uneinig, wem die schuldnerische Leistung zustehe.
- (211) von Tuhr/Escher, S. 80;
anders bei der Sicherheitshinterlegung, vgl. von Tuhr/Escher, S. 19, N 19.
- (212) von Tuhr/Escher, S. 81.
- (213) SJZ 60, S. 274 / LU.

Gesetzliche Anwendungstatbestände sind zum Beispiel die Art. 92 und Art. 96 OR (214).

III. Die Hinterlegung als Sicherheitsleistung (215).

Unter Sicherstellung versteht man die Errichtung eines Rechtszustandes, in welchem die Realisierung eines im Sinne von Art. 151ff. OR bedingten Anspruches ermöglicht wird (216).

Der Zweck der Sicherstellung liegt darin, für die Verwirklichung der nicht unbedingt in Rechtskraft erwachsenen Ansprüche oder der nicht befriedigten Forderungen eine Garantie zu schaffen.

Als Mittel der Sicherstellung kommen in Betracht:

Das Pfand als Realsicherung, die Bürgschaft als Personalsicherung und die Hinterlegung (217).

Die Hinterlegung zu Sicherungszwecken hat nicht in erster Linie im Interesse des Hinterlegers und auch nicht für diesen zu erfolgen, sondern vor allem für einen Dritten und zu dessen Nutzen (218). Eine Ausnahme ist diesbezüglich die Hinterlegung nach Art. 36 OR zwecks Sicherstellung des Beweises. Diese Deposition geschieht einestheils im Interesse des Vertretenen, der nach dem Erlöschen der Vertretungsvollmacht die Urkunde herausverlangen darf, ander-

(214) Portmann, S. 25;
Biedermann, S. 52;
von Tuhr/Escher, S. 81.

(215) vgl. Oftinger, N 202 ff.

(216) Portmann, S. 36.

(217) von Tuhr/Escher, S. 140.

(218) Biedermann, S. 5;
ausführlich dazu: Bader, S. 499 ff.

seits im Interesse des Vertreters, der seine Ansprüche sichern will (219).

Damit dient die Sicherheitshinterlegung nicht, wie etwa die Erfüllungshinterlegung, der Erfüllung einer Obligation, sondern ist an ein anderes obligatorisches Verhältnis gebunden und dient dessen Entstehung oder Verlängerung (220). Keinesfalls hat die Sicherheitsleistung die Beendigung der obligatorischen Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner zum Ziel, sondern, wie die Sicherheitsleistung der Pfandrechte und Bürgschaften, in erster Linie die Verwirklichung eines gegenwärtigen oder zukünftigen Anspruches eines Kontrahenten (221).

Die Hinterlegung als Sicherstellung kann auch Vorbedingung sein für die Ausübung einer Befugnis des Hinterlegers (222).

Damit die geleistete Sicherheit durch das Verhalten der Parteien nicht ihrem Zweck entfremdet werden kann, nimmt das Gericht oder der von ihm bezeichnete Dritte das Sicherungsobjekt in Besitz und Aufbewahrung, und die Befriedigung der Ansprüche erfolgt aus dem sicherheits- halber Deponierten.

Die Hinterlegung erfolgt durch den Schuldner mit der Klausel, dass der Verwahrer den hinterlegten Gegenstand an den

-
- (219) Becker, N 1 zu Art. 36 OR;
Oser/Schönenberger, N 2 zu Art. 36 OR;
vgl. vorn S. 12 ff.
- (220) Zum Beispiel wird ein Darlehen nur gegen Sicherstellung erteilt, oder die Ausweisung aus einem Miet- bzw. Pachtobjekt wird durch die Sicherheitshinterlegung verhindert.
- (221) Zur Abwendung der Retention: ZR 22, Nr. 121;
Zur Ausweisung: ZR 9, Nr. 142.
- (222) ZR 25 Nr. 203, Abzahlungsgeschäft mit Eigentums- vorbehalt.

Gläubiger herausgeben soll, sobald die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner fällig ist. Es entsteht ein Vertrag zu Gunsten Dritter (223), mit der Schwierigkeit allerdings, dass, wenn nicht Geld, sondern Wertpapiere hinterlegt werden, diese, solange sie sich beim Verwahrer befinden, dem Schuldner gehören und daher in seine Konkursmasse fallen, wodurch die Sicherheit des Gläubigers gerade in dem Fall, da sie ihm besonders wichtig wäre, vereitelt wird. Vom Zweck der Sicherheitshinterlegung ausgehend nimmt man daher an, dass der Hinterleger dem Gläubiger ein Pfandrecht bestellen wolle und folgert daraus, in analoger Anwendung zu Art. 112 OR, eine Faustpfandbestellung durch Vertrag zu Gunsten des Gläubigers (224).

Bei der Betreibung auf Sicherheitsleistung nach Art. 38 SchKG wird dem Vermögen des Schuldners eine Geldsumme entnommen und für den Gläubiger hinterlegt, wenn der Schuldner es nicht vorzieht, die Betreibung durch Stellen einer anderweitigen Sicherheit abzuwenden (225).

IV. Die Sicherheitshinterlegung im Zürcher Zivilprozessrecht.

Für einen Gläubiger besteht generell kein Anspruch auf Sicherstellung seiner Forderung. Der Anspruch kann aber durch vertragliche Vereinbarung zwischen Schuldner und Gläubiger begründet werden oder sich aus einer Gesetzesnorm ableiten (226).

(223) von Thur/Escher, S. 141;
Bader, S. 502.

(224) Guhl/Merz/Kummer, S. 511; Oftinger, N 214 ff. des Systematischen Teils; a.M. Bader, S. 501 und Ostertag, S. 354.

(225) Fritzsche II, S. 273 ff.;
BGE 90 III 1 ff.

(226) vgl. dazu die Zusammenstellung der Gesetzesnormen bei Ostertag, S. 354.

Durch welches Mittel jemand, der Sicherheit leisten soll, diese Pflicht zu erfüllen sucht, ist im Gesetz nur ausnahmesweise bestimmt. Wo besondere Vorschriften fehlen, wird man annehmen dürfen, dass ihm die Wahl der Mittel freisteht (227).

Ausdrücklich durch Hinterlegung ist die Sicherstellung nur in den Art. 760 Abs. 3 ZGB und Art. 277 SchKG bezeichnet (228).

Indessen werden im Schweizerischen Obligationenrecht der Sicherheitshinterlegung keine speziellen Normen gewidmet (229). Das OR weist diesbezüglich eine Lücke auf, die unter Umständen dem Dritten, zu dessen Gunsten hinterlegt wird, zum Nachteil werden kann (230).

Prozessuale Sicherheitsleistungen wie die Prozesskaution oder der Prozessvorschuss fallen nicht unter die Sicherheitshinterlegungen (231), da es sich dabei nicht um die Sicherstellung bestrittener Ansprüche handelt (232).

(227) von Tuhr/Escher, S. 141.

(228) Die nach Art. 183 Abs. 2 SchKG dem Gläubiger durch das Gericht aufzuerlegende Sicherheitsleistung erfolgt in der Praxis zumeist auch durch Hinterlegung, und zwar der Wechselsumme und den mit einer allfälligen Rückforderungssumme verbundenen Prozesskosten.

(229) Die Bestimmungen des Obligationenrechts über den Hinterlegungsvertrag (Art. 472 ff. OR) sind nicht auf die Sicherheitshinterlegung zugeschnitten, sondern regeln nur das Verhältnis zwischen dem Hinterleger und dem Aufbewahrer. Sie enthalten keine Vorschriften über die Stellung des Dritten, zu dessen Gunsten hinterlegt wird.

(230) Bader, S. 499;
Er stellt das Postulat auf, das wichtige Institut der Sicherheitshinterlegung im Gesetz in einem besonderen Abschnitt zu regeln.

(231) Sträuli/Messmer, N 2 zu § 220 ZPO.

(232) Portmann, S. 47.

Aber auch in der Zürcher Zivilprozessordnung und den entsprechenden Kommentaren fehlt die Sicherheitshinterlegung, abgesehen von den genannten prozessualen Hinterlegungen. Nach Zürcher Zivilprozessrecht wird eine sogenannte Hinterlegung "auf Recht hin", mit welcher der Beklagte oftmals nur zeigen will, dass er den Anspruch nicht aus blosser Zahlungsflucht bestreitet, nicht bewilligt, obwohl es sich dabei um nichts anderes als um eine Hinterlegung zu Sicherungszwecken handelt. Die Hinterlegung wird generell nur dann bewilligt, wenn sich der Anspruch aus materiellem Recht ergibt.

Die Hinterlegung der Wechselsumme bei der Bewilligung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung nach Art. 182 und 183 SchKG beispielsweise ist eine Zahlung auf Recht hin (233). Die Zahlung, die nach Zuspruch der Wechselklage aus der hinterlegten Summe erfolgt, schliesst nicht aus, dass vorher die Hinterlegung als Sicherheit dient (234).

Man kann sich fragen, ob nicht die Zürcherische Rechtsprechung in der Richtung zu erweitern wäre, dass die Sicherheitshinterlegung in bestimmten Fällen auch dann zu bewilligen sei, wenn sie keine ausdrückliche Grundlage im materiellen Recht bzw. in einem Vertrag findet.

Die Hinterlegung zum Zweck der Sicherstellung bestrittener Ansprüche lässt sich danach unterteilen, ob das Streitobjekt selber bzw. der Streitbetrag hinterlegt wird (235) oder ein Äquivalent des bestrittenen Objektes, wie z.B. die entsprechende Geldsumme (236). Bei der Hinterlegung des Streitobjektes erfolgt die Befriedigung nach Klärung

(233) Jaeger, N 12 zu Art. 182 SchKG.

(234) Ostertag, S. 355.

(235) Art. 266, 295 Abs. 2, 451, 453 und 744 Abs. 2 OR.

(236) Beispiel bei Portmann, S. 48, N 1 - 3.

der Rechtslage aus dem hinterlegten Betrag und dieser bleibt solange dem Zugriff der Gläubiger entzogen.

V. Die Abgrenzung der Erfüllungshinterlegung bzw. Hinterlegung als Erfüllungssurrogat von der Sicherheitshinterlegung.

Die Hinterlegung als Erfüllung bzw. Erfüllungssurrogat und die Sicherheitshinterlegung stehen sehr nahe beieinander und sind oft nur schwer gegeneinander abzugrenzen.

Als wesentliches Unterscheidungsmerkmal kennzeichnet die Hinterlegung als Erfüllung bzw. Erfüllungssurrogat den auf Beendigung der Obligation gerichteten Willen auf der Seite des Schuldners. Dieser Wille ist immer dann nicht vorhanden, wenn der Schuldner sich bloss zur Abwendung eines Nachteils der Hinterlegung bedient. In diesem Fall nämlich will der Schuldner mit der Hinterlegung eine richtige Hinterlegung gerade vermeiden bis der Streit um die Gläubigerrechte entschieden ist. Gleichzeitig aber will er trotzdem die geschuldete Leistung an den Gläubiger sicherstellen.

Ein weiterer Unterschied liegt im Zweck der verschiedenen Hinterlegungsarten. Die Hinterlegung als Erfüllung bzw. Erfüllungssurrogat erfolgt in erster Linie im Interesse des Schuldners als des Hinterlegers, während die Sicherheitshinterlegung zumeist zu Gunsten eines Dritten erfolgt. Entsprechend den verschiedenartigen Tatbeständen der Sicherstellung ist auch der Zweck der Hinterlegung sehr verschiedenen (237).

Bei der Sicherheitshinterlegung trägt sodann der Schuldner die Gefahr für die hinterlegte Sache, während die Gefahr mit

(237) vgl. die unterschiedlichen Ziele der Hinterlegung nach Art. 36 OR und Art. 760 OR.

der Erfüllungshinterlegung bzw. Surrogatshinterlegung infolge der Befreiung des Schuldners auf den Gläubiger übergeht.

Dagegen sind beide Arten der Hinterlegung Formen der Zuwendung solvendi causa an den Berechtigten. Während jedoch das Erfüllungssurrogat die gleiche unmittelbar befreiende Wirkung wie die Erfüllung hat, ist die Sicherheitshinterlegung nur ein bedingtes Mittel zur Befriedigung des Gläubigers.

Es ist allerdings möglich, dass der Schuldner eine Sicherheitshinterlegung in eine ihn von der Schuld befreiende Hinterlegung umwandelt, sofern er noch die Verfügungsbe-
rechtigung über die hinterlegte Sache besitzt und ferner die Voraussetzungen für die schuldbefreiende Hinterlegung überhaupt noch vorhanden ist (238).

Schliesslich aber wirkt bei der Hinterlegung als Sicherheitsleistung die Leistung an die Hinterlegungsstelle vom Grundgedanken der Sicherheitsleistung her nicht als Erfüllung.

VI. Die Hinterlegung als blosse Aufbewahrung.

Von den im Obligationenrecht unter den Bestimmungen über den Hinterlegungsvertrag unterschiedenen Arten der Hinterlegung (239) sollen im folgenden behandelt werden:

(238) Biedermann, S. 8.

(239) einfaches Verwahrungsdepot (Art. 472 - 479 OR);
Sequestration (Art. 480 OR);
Depositum irregulare (Art. 481 OR);
Lagergeschäft (Art. 482 - 486 OR);
Gastaufnahme (Art. 487 - 491 OR)

1) Das Verwahrungsdepot.

Dieser einfachste Fall der Hinterlegung entsteht durch ein Rechtsverhältnis zwischen dem Hinterleger und dem Depositar, das sich nach den Art. 472 ff. OR bestimmt.

Kennzeichnend für das Verwahrungsdepot ist das einzige Interesse des Hinterlegers, der aus eigener Initiative einem ihm passend erscheinenden Verwahrer Vermögenswerte übergibt, für die ihm selbst keine geeignete oder genügende Sicherheit bietende Räume zur Verfügung stehen (240). Das Verwahrungsdepot besteht selten für sich allein, sondern meist in Verbindung mit andern Vertragsarten (241).

2) Die Sequestration.

Haben Mehrere eine Sache, deren Rechtsverhältnis streitig ist, zur Sicherung ihrer Ansprüche bei einem Dritten (Sequester) hinterlegt, so darf dieser die Sache nur mit Zustimmung aller Beteiligten oder auf Geheiss des Richters herausgeben (242).

Während man im weiteren Sinn unter dem Sequester den Aufbewahrer ganz allgemein versteht, ist mit der Sequestration im engeren Sinn eine besondere Art der Deposition gemeint. Zusammengefasst liegt dem Tatbestand der Sequestration die Situation zu Grunde, dass mehrere Personen zusammen eine umstrittene Sache für denjenigen unter ihnen hinterlegen, der aus dem Streit als Berechtigter hervorgeht. Im Unterschied zum gewöhnlichen Hinterlegungsvertrag sind hier mehrere Hinterleger vorhanden, die alle im eigenen Interesse und aus eigener Initiative das Streitobjekt zur Ver-

(240) Portmann, S. 3.

(241) Portmann, S. 3/4.

(242) Art. 480 OR.

wahrung weggeben. Es ist dies gerade der Gegensatz zur Hinterlegung zu Befreiungszwecken, die von einer Person vorgenommen wird, wenn Mehrere eine Sache in Anspruch nehmen.

Es handelt sich hier insofern um ein bedingtes Rechtsgeschäft, als der Sequester als Depositar und unparteiischer Dritter die Sache nur mit Zustimmung aller Beteiligten oder auf richterlichen Befehl herausgeben darf. Die Sequestration dient vorab Sicherungszwecken.

Die Bestellung des Sequesters erfolgt in der Weise, dass die streitenden Parteien einem Vertrauensmann das Streitobjekt anvertrauen und dann den Streit von Gericht austragen. Das Gericht hat die Bestellung des Sequesters zu genehmigen.

Die Sequestration bei Privaten ist durchaus denkbar, kommt aber wohl seltener zur Anwendung als die Hinterlegung bei einer Gerichtskasse oder Depositenanstalt. Immerhin mag es vorkommen, dass die Hinterlegung eines bestimmten Objektes bei der Gerichtskasse oder Zürcher Kantonalbank nicht opportun und daher die Hinterlegung bei einem privaten Sequester vorzuziehen ist.

Der Sequester darf nur gemäss den Instruktionen des Gerichts handeln. Die Herausgabe der hinterlegten Sache während der Dauer des Prozesses geschieht auf eigene Gefahr des Sequesters.

3) Der darlehensartige Hinterlegungsvertrag oder das depositum irregulare.

Das OR behandelt in Art. 481 OR die Hinterlegung vertretbarer Sachen. Wie beim Hinterlegungsvertrag nach Art. 472 OR, dem depositum regulare, will sich der Hinterleger der Sorge für die Aufbewahrung entheben, ohne damit die Verfügung über die hinterlegte Sache für längere Zeit zu verlieren. Die Absicht ist also beim depositum irregulare dieselbe wie beim gewöhnlichen Hinterlegungsvertrag.

Mit dem Hinterlegungsvertrag geht die Abmachung auf Rück-
erstattung einher, und zwar nicht desselben Gegenstandes,
wie beim regulären Depot, sondern von Sachen derselben Art
in gleicher Menge und Güte.

Vom gewöhnlichen Hinterlegungsvertrag unterscheidet sich
das irreguläre Depot durch den Uebergang des Eigentums an
den Aufbewahrer.

Eine bestimmte Summe Geldes oder anderer vertretbarer
Sachen (zum Beispiel Wertpapiere) sind vom Aufbewahrer
zu "restituieren" und dementsprechend gehen Eigentum sowie
Nutzen und Gefahr der vom Hinterleger übergebenen gleichen
Geldsumme auf den Aufbewahrer über, sodass der "Resti-
tutionsgegenstand" nicht vindiziert werden kann (243).

Vereinbaren die Parteien bei der Hinterlegung vertretbarer
Sachen die Rückgabe der gleichen Sachen, bleibt die Rück-
gabepflicht eine Speziesschuld des Aufbewahrers. Geht die
Parteivereinbarung nur auf Rückgabe der gleichen Art,
Menge und Qualität, wird die Rückgabepflicht eine Gattungs-
schuld.

Aus Art. 481 Abs. 2 OR spricht die Vermutung der Geldüber-
gabe zur irregulären Verwahrung als Gattungshinterlegung.

Unter das Depositum irregulare fallen in Zweifelsfällen
Depositen-, Spar- und Einlageguthaben bei Banken (244).
So hat der Bankkunde folgerichtig beim Konkurs des Bank-
institutes nur eine Forderung, aber keinen Aussonderungs-
anspruch.

(243) BGE 77 III 64.

(244) Gautschi, N 6 ff. zu Art. 481 OR;
Oser/Schönenberger, N 22 zu Art. 481 OR;
Abweichungen für das offene Bankdepot bei Gautschi,
N 2 d zu Art. 481 OR und Vorbemerkungen zu Art. 481 OR.

§ 5 Die Mietzinshinterlegung.

I. Die Mietzinshinterlegung zwecks Abwendung der Ausweisungsandrohung nach Art. 265 OR.

A. Nach Gesetz.

Da der Anspruch auf Hinterlegung von Geld, Wertpapieren und andern beweglichen Sachen sich stets aus dem materiellen Recht ergeben muss und ebenso die Wirkungen der Hinterlegung dem materiellen Recht folgen (245), wird auch durch das materielle Recht bestimmt, in welchen Fällen die Hinterlegung den Schuldner von der Leistungspflicht zu befreien vermag (246).

Die allgemeinen Voraussetzungen für die Hinterlegung können insbesondere auch im Mietrecht gegeben sein, so z.B. der Gläubigerverzug nach Art. 92 OR (247), die Gläubigerungewissheit nach Art. 96 OR (248) oder der Prätendentenstreit nach Art. 168 OR auf Vermieterseite. In all diesen Fällen ist die Hinterlegung auf Grund der entsprechenden Gesetzesbestimmung des allgemeinen Teils des Obligationenrechts möglich.

Die speziellen Bestimmungen des Mietrechts (249) aber sehen die Hinterlegung von streitigen Mietzinsbeträgen

(245) Sträuli/Messmer, N 2 und N 10 zu § 220 ZPO.

(246) z.B. Art. 92, 96 und 168 OR.

(247) Wenn der Vermieter mit der Annahme des Mietzinses in Verzug gerät.

(248) Wenn der Mieter über die Person des Vermieters im ungewissen ist.

(249) Art. 253 ff. OR.

nicht vor (250). Die Mietzinshinterlegung, die sich nicht auf eine allgemeine Bestimmung des Obligationenrechts abstützen kann, hat daher grundsätzlich keine befreiende Wirkung und vermag die Verzugsfolgen sowie Betreibung und Rechtsöffnung nicht abzuwenden (251).

B. Nach Vertrag.

Indessen vermag die Mietzinshinterlegung nach der heute herrschenden Praxis das mit der Betreibung verbundene Ausweisungsverfahren dann abzuwenden, wenn die Hinterlegung vertraglich vorgesehen ist (252). Die Hinterlegung ist namentlich beim Ausschluss der Verrechnung mit Gegenforderung möglich.

-
- (250) Gemäss Art. 254 Abs. 2 und Art. 255 Abs. 1 OR ist der Mieter berechtigt, eine verhältnismässige Herabsetzung des Mietzinses zu verlangen, falls ihm der Vermieter den vertragsmässigen Gebrauch der Mietsache in erheblicher Weise schmälert. Bestreitet der Vermieter den Herabsetzungsanspruch und setzt der Mieter von sich aus den Mietzins herab, so kommt er mit der eigenen Leistung in Verzug. Der Vermieter ist diesfalls infolgedessen berechtigt, nach Art. 265 OR bzw. Art. 293 OR vorzugehen und dem Mieter die Ausweisung anzudrohen. Art. 265 OR (und analog Art. 293 OR für die Pacht) sind Anwendungsbestimmungen über den Schuldnerverzug. Der Vermieter macht von dem ihm in Art. 107 OR gewährten Wahlrecht Gebrauch.

Die Androhung der Ausweisung ist auf Verlangen des Vermieters in den Zahlungsbefehl aufzunehmen mit dem Hinweis, dass nach Ablauf der gesetzlichen Frist von drei bzw. dreissig bzw. sechzig Tagen (Art. 265 Abs. 1 und Art. 293 Abs. 1 OR) der Vermieter die sofortige Ausweisung des Mieters verlangen könne (Art. 282 SchKG).

- (251) ZR 48 Nr. 106.

- (252) ZR 54 Nr. 26;

ZBJV 91 435;

für viele: unveröffentlichte Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 20. März 1972 i.S. A.B. ca. F. AG

Grundsätzlich wird vom kantonalen Recht bestimmt, ob die Einrede der Verrechnung, auch wenn sie wahrscheinlich gemacht ist, zu berücksichtigen ist, sofern der streitige Betrag hinterlegt ist (253).

In einigen Mietverträgen (254) ist die Hinterlegung des streitigen Mietzinses unter Ausschluss der Verrechnung mit Gegenforderung vorgesehen. In diesen Fällen vermag die Mietzinshinterlegung ein Ausweisungsverfahren nach Art. 265 OR bzw. Art. 282 SchKG abzuwenden. Diesbezüglich besteht nach der kantonalen Praxis keine Schwierigkeit. Die Mietzinshinterlegung wird bei Vorliegen eines entsprechenden Vertrages vom Einzelrichter im summarischen Verfahren ohne weiteres bewilligt, wenn die übrigen Voraussetzungen ebenfalls gegeben sind (255).

C. Die Zürcherische Rechtsprechung.

Die frühere Praxis (256) bewilligte die Hinterlegung eines streitigen Mietzinses auch dann, wenn die Hinterlegung nicht vertraglich vorgesehen war. Um den Mieter auch diesfalls vor einer Ausweisung zu schützen, wurde die Bewilligung der Mietzinshinterlegung mit der extensiven Auslegung von Art. 96 OR begründet, indem analog zu dieser Bestimmung nicht nur Ungewissheit über die Person des Gläubigers, sondern auch Ungewissheit über die Höhe des geschuldeten

(253) ZR 14 Nr. 157;
ZR 9 Nr. 142, S. 260.

(254) z.B. Ziff. 3 im Vertragsformular des Zürcher Mietvertrages, Ausgabe 1971/A.

(255) Glaubhaftmachung hinreichender Gründe.

(256) Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 3. November 1961 i. S. l. P.-K. AG etc. ca. S (unveröffentlicht); Auch Sprenger, S. 105 (vgl. hinten, Fussnote 258).

Mietzinses als hinreichend für die Bewilligung der Hinterlegung betrachtet wurde (257).

Erst die Kritik von Sprenger (258) hat insofern eine Praxisänderung herbeigeführt, als nunmehr das Erfordernis der vertraglichen oder materiellrechtlichen Regelung der Mietzinshinterlegung streng angewendet und auf die Kritik Sprengers hingewiesen wird (259). Folgerichtig werden daher heute nach der ständigen Praxis des Einzelrichters im summarischen Verfahren Mietzinshinterlegungen, die nicht vertraglich vorgesehen sind und auch im materiellen Recht keine Stütze finden, abgewiesen (260). Dies zu Unrecht, wie im folgenden zu zeigen ist:

Der Kritik von Sprenger (261) ist darin beizupflichten, dass die frühere obergerichtliche Begründung mit dem Hinweis auf Art. 96 OR und dessen analogen Anwendung bei Ungewissheit über die Höhe des geschuldeten Mietzinses bzw. Streit darüber nicht haltbar war.

Ebenso ist die Ansicht Sprengers richtig, dass die Hinter-

-
- (257) z.B. unveröffentlichte Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 11. Juli 1979 i.S. M.G. ca. E.K. und vom 8. Mai 1979 i.S. H.W. ca. G.M.
- (258) Werner Sprenger, Entstehung, Auslegung und Auflösung des Mietvertrages für Immobilien unter Berücksichtigung der zürcherischen Gesetzgebung und Rechtspraxis, Diss. Zürich 1972.
- (259) unveröffentlichte Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 11. Juli 1979 i.S. M.G. ca. E.K.
- (260) z.B. unveröffentlichter Entscheid des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 13. April 1977 i.S. H.B. ca. Union Rückversicherungsgesellschaft.
- (261) Sprenger, S. 105.

legung des streitigen Mietzinses selbst dann nicht befreiende Wirkung haben kann, wenn sie vertraglich vereinbart ist. Die Hinterlegung des streitigen Mietzinses erfolgt nämlich in jedem Fall bloss als Sicherheit für den Vermieter (262). Insofern besteht aber kein Unterschied zwischen dem Vorliegen einer vertraglichen Abmachung der Hinterlegung und dessen Fehlen. In beiden Fällen, ob vertraglich vereinbart oder nicht, ist die Mietzinshinterlegung eine Sicherheitshinterlegung ohne befreiende Wirkung für den Mieter. Nur dann hätte die Mietzinshinterlegung befreiende Wirkung, wenn der Mieter als Schuldner mittels der Hinterlegung die mietrechtliche Obligation erfüllen und dieselbe damit erlöschen würde. Dies ist aber nicht der Fall. Das Rechtsverhältnis zwischen Mieter und Vermieter bleibt auch nach der Hinterlegung des streitigen Mietzinsbetrages nach wie vor bestehen bis zur rechtskräftigen Erledigung durch den ordentlichen Richter. Es soll lediglich für beide Parteien eine Sicherheit bestehen bleiben. Dies ist, im Gegensatz zur befreienden Wirkung der Hinterlegung erfüllungshalber, die Wirkung der Hinterlegung zwecks Sicherstellung.

Nicht beizustimmen ist der Kritik von Sprenger hingegen dort, wo er ausführt, der Einzelrichter, der die Hinterlegung des Mietzinses bewillige, ändere dadurch den Mietvertrag ab, denn er lasse die Bezahlung eines Teils und Hinterlegung des restlichen Teils des Mietzinses als rechtsgenügende Leistung gelten. Zum einen ändert der Richter in den meisten fraglichen Fällen den Vertrag deshalb nicht ab, weil die Hinterlegung im Vertrag gar nicht vorgesehen ist bzw. ein

(262) Gemeint sind natürlich hier bloss die vertraglich vorgesehenen Hinterlegungen. Anders in den Fällen, da gestützt auf die Bestimmung des Obligationenrechts hinterlegt wird, so der Schuldner von Gesetzes wegen befreit wird (Art. 92, 96, 168 OR).

Vertrag nicht besteht. Der Richter würde hier allenfalls eine Ergänzung eines bestehenden Mietvertrages vornehmen. Zum andern aber ist eine solche Ergänzung mit Blick auf den Sicherungscharakter der Mietzinshinterlegung durchaus gerechtfertigt. Der Einzelrichter bezeichnet nämlich durchaus nicht die Hinterlegung eines Teils des Mietzinses als rechtgenügende Leistung, sondern bewilligt die Hinterlegung bloss sicherheitshalber und vorläufig bis zur rechtskräftigen Erledigung des Streites. Die Hinterlegung eines Teils des Mietzinses befreit den Mieter ja nicht von seiner Schuldpflicht, auch nicht im hinterlegten Teilbetrag.

D. Kritik an der Zürcher Rechtsprechung.

Das Obergericht begründete seine frühere Praxis zur Bewilligung von Mietzinshinterlegungen vor allem mit Billigkeitserwägungen und bewilligte die Hinterlegung von streitigen Mietzinssbeträgen in extensiver Auslegung von Art. 96 OR.

Ob diese Gesetzesbestimmung herangezogen werden müsse, kann dahingestellt bleiben. Es ist m.E. aber richtig, dass der Gedanke der Billigkeit bei der Frage der Bewilligung von Mietzinshinterlegungen ohne vertragliche Regelung mit- einbezogen wird und daher die Mietzinshinterlegung auch in diesen Fällen ohne ausdrückliche vertragliche Klausel bewilligt wird.

Es gibt nämlich keinen stichhaltigen Grund dafür, dass der Mieter während der Zeit des Rechtsstreites über den hinterlegten Mietzins nicht im Mietobjekt verbleiben, sondern ihm die Ausweisung angedroht und auch durchgeführt werden kann.

Dem Interesse des Vermieters an einer baldmöglichen Befreiung aus dem Vertragsverhältnis steht das kurz- fristig schwerwiegendere, weil oftmals eine exi-

stentielle Frage bedeutende Interesse des Mieters an der Abwendung der Ausweisung bzw. am Verbleib im Mietobjekt gegenüber. Eine Interessenabwägung fällt eindeutig zu Gunsten des Mieters aus, vor allem wenn man in Erwägung zieht, dass der vom Mieter geschuldete und allenfalls zu Unrecht dem Vermieter vorenthaltene Betrag mitsamt allfälligen Zinsen sichergestellt ist und dem Vermieter daher im Fall, da ihm dieser Betrag rechtens zusteht, mit Bestimmtheit ungeschmälert zukommen wird. Die Lage ist daher für den Mieter wegen der drohenden Ausweisung ungleich stärker mit Nachteilen verbunden als für den Vermieter. Anders wäre es allerdings dann, wenn der Mieter seine Mietzinszahlungen gänzlich einstellen und den gesamten Mietzins schuldig bleiben würde. In diesem Fall würde das Interesse des Vermieters an mindestens teilweiser Befriedigung aus dem Mietverhältnis eine Ausweisung allenfalls rechtfertigen. Ist jedoch im Falle von Art. 254 bzw. Art. 255 OR die Höhe des Mietzinses bestritten bzw. werden Schmälerungen im Gebrauch oder Mängel am Mietobjekt behauptet, so haben weder der Vermieter noch der Mieter etwas zu verlieren, wenn der streitige Mietzinsbetrag hinterlegt wird. Dies hat auch Gültigkeit für den Fall, da die Hinterlegung nicht vertraglich vereinbart wurde. Es verhält sich hier nämlich nicht anders als bei andern Sicherheitenhinterlegungen (263).

Es würde ausserdem eine Rechtsungleichheit vorliegen, wenn die Mieter in bezug auf die Hinterlegung streitiger Mietzinsbeträge verschieden beurteilt würden, je nachdem, ob sie die Hinterlegung vertraglich stipuliert haben oder nicht. Im Kanton Zürich werden sehr viele Mietverträge ohne Vertragsformular oder zumindest nicht mittels Zürcher

(263) z.B. nach Art. 744 OR oder Art. 760 Abs. 3 ZBG; von Tuhr/Escher, S. 139 ff.

Mietvertragsformular geschlossen. Es ist nicht einzusehen, dass all den Mietern, die eine Hinterlegung streitiger Mietzinsbeträge nicht im Vertrag vorgesehen haben, versagt bleiben soll, obwohl ihnen, gleich wie all den andern, die Ausweisung aus dem Mietobjekt droht.

Schliesslich ist auf Ungleichheiten im Verfahren hinzuweisen. An das Hinterlegungsverfahren schliesst in der Regel (264) ein ordentlicher Prozess an mit dem Mieter als dem nach erstem Anschein Minderberechtigten in der Klägerrolle (265). Wird die Hinterlegung dem Mieter vom Einzelrichter im summarischen Verfahren nicht bewilligt, so hat der Mieter nach erfolgter Ausweisungsbetreibung die Möglichkeit, gegen die Betreibung auf den streitigen Mietzinsbetrag Rechtsvorschlag zu erheben (266). Wird der Rechtsvorschlag vom Einzelrichter im summarischen Verfahren (267) bewilligt und die Rechtsöffnung nicht erteilt, so wird die Betreibung eingestellt (268). Auf Grund des schriftlichen Mietvertrages oder der mündlichen Vorbringung wird dem Vermieter jedoch, wenn das Begehren nur glaubhaft gemacht ist, provisorische Rechtsöffnung nach Art. 82 SchKG erteilt, worauf es wiederum Sache des Mieters als des Betriebenen ist, binnen zehn Tagen seit der Rechtsöffnung die Aberkennungsklage, d.h. das ordentliche Verfahren einzuleiten (269). Der Mieter sieht sich auch diesfalls wiederum in der Klägerrolle. Jedoch hat er, nur weil die Hinterlegung von streitigen Mietzinsbeträgen nicht im Vertrag vorgesehen ist, einen weit zeitraubende-

(264) Ausgenommen sind die Prozesserledigungen durch Rückzug und Vergleich.

(265) siehe unten, S. 142 ff.

(266) Art. 74 SchKG und Art. 282 Abs. 2 SchKG.

(267) § 213 Ziff. 2 ZPO.

(268) Art. 78 SchKG.

(269) Art. 83 Abs. 2 SchKG.

ren und kostspieligeren Verfahrensweg einschlagen müssen als es bei Bewilligung der Mietzinshinterlegung der Fall gewesen wäre (270).

Aus all diesen Gründen rechtfertigt es sich, bei drohender Ausweisung die Mietzinshinterlegung auch dann zu bewilligen, wenn sie nicht ausdrücklich in einem Vertrag vorzufinden ist, vorausgesetzt natürlich, die übrigen Voraussetzungen liegen vor (271).

Bei der heutigen Praxis der Bewilligung der Mietzinshinterlegung ist es für den Mieter sicherer, bei Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen bzw. Mietzinsreduktionen weder zu verrechnen noch zu hinterlegen, sondern die vollumfängliche Zahlung ganz einfach zu leisten unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Rückforderung und anschliessender Beschreitung des Prozessweges. Es ist dies ein Vorgehen, bei dem die Sicherstellung des streitigen Betrages nicht nötig ist.

(270) Der Mieter wird auch dann in ein Prozessverfahren einbezogen, wenn er nicht hinterlegt. Wenn der Vermieter nämlich den vom Mieter geltend gemachten Mietreduktionsanspruch bzw. Schadenersatz bestreitet, wird der Vermieter direkt den ordentlichen Prozess anheben, wodurch der Mieter in die Rolle des Beklagten versetzt wird.

(271) In einem Fall hat das Obergericht des Kantons Zürich übrigens auch schon so entschieden: Entscheid der II. Zivilkammer vom 3. November 1961 in Sachen I. P.K. AG etc. ca. S.

II. Die Mietzinshinterlegung zwecks Abwendung der Retention nach Art. 266 OR.

Der Vermieter ist zur Auflösung des Mietverhältnisses berechtigt, wenn der Mieter in Konkurs fällt und ihm nicht binnen angemessener Frist für die rückständigen und später fälligen Mietzinse Sicherheit geleistet wird (272). Für die zu leistende Sicherheit steht dem Vermieter ein Retentionsrecht nach Art. 272 OR zu.

Nach ständiger Praxis kann der Mieter, obwohl eine entsprechende gesetzliche Bestimmung fehlt, den Retentionsbeschluss dadurch abwenden, dass er eine ausreichende Geldsumme hinterlegt (273). Die Hinterlage muss die in Betreibung gesetzte Mietzinsforderung mitsamt den Nebenrechten umfassen (274) und kann beim Betreibungsamt oder nach § 220 ZPO beim Richter deponiert werden. An der Hinterlage besteht ein gleiches Pfandrecht des Vermieters wie beim Retentionsrecht. Die Geldsumme wird durch die Hinterlegung jedoch nicht zu einem selbständigen Retentionsobjekt (275). Durch die Hinterlegung einer Geldsumme an Stelle der Gegenstände geht das Retentionsrecht nicht unter, sondern es wechselt lediglich das Retentionsobjekt (276).

Die Mietzinshinterlegung beim Gericht zwecks Abwendung des Retentionsbeschlusses ist in der Praxis eher selten, da die Hinterlegung zumeist auf dem zuständigen Betrei-

(272) Art. 266 OR.

(273) Fritzsche II, S. 256.

(274) BGE 83 III 135.

(275) Bl.f.SchKG 1942, S. 89.

(276) a.M. Oser/Schönenberger, N 14 zu Art. 272 OR.

bungsamt geschieht (277). Zulässig ist die Barhinterlage an Stelle der dem Retentionsrecht unterliegenden Einrichtungs- und Gebrauchsgegenstände jedoch sowohl beim Gericht als auch beim Betreibungsamt. Insbesondere kann der Schuldner bei der Retentionsaufnahme auf eine bereits beim Richter geleistete Hinterlage zur Sicherstellung des betreffenden Miet- oder Pachtzinses verweisen, und es ist alsdann diese Hinterlage an Stelle der eigentlich dem Retentionsrecht unterliegenden Sachen in die Retentionsurkunde aufzunehmen (278).

Wenn die Rechtsprechung (279) eine gerichtliche Hinterlegung ebenso wie eine beim Betreibungsamt vorgenommene berücksichtigt, ist dabei stillschweigend vorausgesetzt, dass die Hinterlegung in ihrer Gültigkeit nicht umstritten ist. Dies trifft solange nicht zu, als die Hinterlegung nicht definitiv bewilligt ist bzw. die Rekursinstanz rechtskräftig entschieden hat.

-
- (277) Beispiel für die Hinterlegung beim Gericht:
unveröffentlichte Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, vom 23. Juli 1964 i.S. Chi Liang Cho ca. R.H. und vom 30. Januar 1964 i.S. Dr. J.S. ca. A.L.Z.
- (278) unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts, SchKG - Kammer, vom 24. Juli 1964 i.S. Schlatter ca. Obergericht des Kantons Zürich. II. Zivilkammer.
- (279) vgl. BGE 61 III 75 E. 1.

§ 6 Der Begriff der Hinterlegung.

I. Allgemeines.

Im täglichen Sprachgebrauch erscheint der Begriff der Hinterlegung vielfältig und verweist nicht eindeutig auf ein bestimmtes Rechtsgebiet. Er lässt auch nicht sogleich eine Rechtsfigur erkennen, die dem Bereich des Zivilprozesses entstammt.

Ergiebiger ist dagegen die etymologische Bedeutung des Lateinischen "deponere". In seinem übertragenen Sinn bedeutet es "sicher unterbringen, in Gewahrsam nehmen/geben" (280).

Davon ausgehend kann daher von Hinterlegung immer nur im Zusammenhang mit der Aufbewahrung eines Objektes an einem sichern Ort die Rede sein (281), wobei der Gegenstand des Rechtsverhältnisses die Aufbewahrung einer Sache ist, ob der Hinterleger für sich allein oder für einen Dritten hinterlegt.

Die Aufbewahrung des Hinterlegungsobjektes geschieht durch räumliches Ausscheiden oder Aussondern der beweglichen Sache aus dem Vermögen einer an der Hinterlegung beteiligten Partei, um sie dem Machtbereich dieser Person zu entziehen (282).

Damit ist aber das Gemeinsame des Hinterlegungsbegriffes bereits genannt. Sobald man nämlich bei der Anwendung im Einzelfall das Institut der Hinterlegung schärfer zu umreißen versucht, zeigen sich zahlreiche verschiedene

(280) vgl. dazu die ausführlichen Untersuchungen bei Imboden, S. 8/9.

(281) Biedermann, S. 1.

(282) Portmann, S. 6.

Arten von Hinterlegungen, die jede für sich zwar die genannte Gemeinsamkeit aufweisen, aber auch eigene und selbständige Formen und Kennzeichen aufweisen.

Von der Hinterlegung im Zivilprozess grundsätzlich zu unterscheiden sind die vorsorglichen Massnahmen (283) und die Kauttionen im Strafprozess (284).

II. Die gerichtliche Hinterlegung.

Für die begriffliche Erfassung der gerichtlichen Hinterlegung wäre es denkbar und zunächst naheliegend, darauf abzustellen, wo die Hinterlegung erfolgt (285). Es würde in diesem Fall eine gerichtliche Hinterlegung immer dann vorliegen, wenn die Hinterlage beim Gericht bzw. bei der Gerichtskasse deponiert würde. Würde hingegen bei einer andern Hinterlegungsstelle (286) hinterlegt, läge nicht eine gerichtliche, sondern eine anderweitige Hinterlegung vor.

Nun gibt es aber in der Praxis gerichtliche Hinterlegungen, die keineswegs bei der Gerichtskasse erfolgen. Andererseits ist es denkbar, dass ein Privater ohne weitere Vorkehren (287) beim Gericht bzw. der Gerichtskasse hinterlegen will.

(283) vgl. § 110, § 223, § 227 ZPO;
ZR 38 Nr. 13;
ZR 41 Nr. 99 ggg, S. 295.

(284) § 78 und § 87 StPO;
BGE 86 II 297, 95 I 203 und 237;
ZR 32 Nr. 85.

(285) Die Hinterlegungsstelle wird vom Richter am Erfüllungsort bezeichnet (Becker, N 14 der Vorbemerkungen zu Art. 92 - 94 OR).

(286) Bank, vertrauenswürdige Privatperson, Depositenanstalt.

(287) Wie die Stellung eines Begehrens und die Abklärung der Berechtigung zur Hinterlegung.

Das Kriterium der Hinterlegungsstelle erweist sich demnach einerseits als zu eng, andererseits ist es zu wenig genau und daher in der Praxis nicht anwendbar.

Die Hinterlegungsstelle als Kriterium ist aber auch willkürlich und daher nicht geeignet. Eine bewegliche Sache oder ein Geldbetrag kann ebenso wie bei der Gerichtskasse auch bei einer Bank oder bei einem Dritten hinterlegt werden, ohne dass sich in rechtlicher Hinsicht zwischen den an der Hinterlegung Beteiligten Unterschiede ergeben würden. Entscheidend ist vielmehr, dass alle gerichtlichen Hinterlegungen der Bewilligung des Richters bedürfen.

Der Begriff der gerichtlichen Hinterlegung lässt sich also sowohl nach der Zürcher Zivilprozessordnung (288) als auch nach materiellem Recht (289) in der Richtung eindeutig festlegen, dass dafür die richterliche Anordnung absolut erforderlich ist.

Der Richter kann dabei als Hinterlegungsstelle die Gerichtskasse oder irgend eine andere, der zu hinterlegenden Sache adäquate Hinterlegungsstelle bezeichnen. Bewilligt der Richter die Hinterlegung und bezeichnet z.B. ein Bankinstitut oder ein Lagerhaus als Hinterlegungsstelle, handelt es sich dennoch um eine gerichtliche Hinterlegung, denn als gerichtliche Hinterlegung wird jede Hinterlegung bezeichnet, die vom Richter angeordnet ist (290).

Nach § 220 der Zürcher Zivilprozessordnung entscheidet über die Hinterlegung der Einzelrichter im summarischen Verfahren. Dieser gebietet als Behörde in Ausübung einer amtlichen Funktion die Ausscheidung von Vermögenswerten zum

(288) § 213 ff. ZPO.

(289) vgl. vorn § 2, S. 3 ff.

(290) Nicht unter die gerichtliche Hinterlegung fällt die Hinterlegung beim Betreibungsamt, welche zwar eine Retention, nicht aber eine Ausweisung abzuwenden vermag (ZR 54 Nr. 186).

Zweck des Entzuges aus dem Machtbereich einer Person, sei es, weil damit Erfüllung oder ein entsprechendes Ersatzmittel dafür angestrebt wird, sei es als Sicherheitsleistung.

Ist indessen bereits ein gerichtliches Verfahren anhängig gemacht, so kann auch der ordentliche Richter im normalen Prozessgang die Hinterlegung von Geld, Wertpapieren oder andern beweglichen Sachen mittels einer Zwischenverfügung anordnen (§ 110 ZPO).

Zumeist ist der Grund für die Hinterlegung einer Sache im Bestehen eines Rechtsstreites oder einer Rechtsunsicherheit und damit in der damit im Zusammenhang stehenden Gefährdung des Bestandes einer Sache oder deren Sicherung zu suchen.

Von Tuhr möchte das richterliche Bewilligungsverfahren mit Hinweis auf die in Art. 24 SchKG genannten Depositenanstalt ersetzt wissen (291).

Man kann sich fragen, ob, abgesehen von den im Laufe eines Prozesses anzuordnenden Hinterlegungen, es zur Aufgabe eines Richters gehört, in einem Verfahren, in welchem nur summarisch auf Grund der Glaubhaftmachung von Gründen und ohne materielle Prüfung des Rechtsanspruches, über die Bewilligung der Hinterlegung entschieden wird, tätig zu werden (292). Das geltende Recht sieht aber für die Hinterlegung von Geld, Wertpapieren und andern beweglichen Sachen eine richterliche Bewilligung vor und dieses Recht ist daher auch anzuwenden.

Das richterliche Bewilligungsverfahren ist denn auch der eigentliche Kernpunkt der gerichtlichen Hinterlegung und grenzt diese von andern "privaten" Hinterlegungen ab.

(291) von Tuhr/Escher, S. 77, N 12.

(292) vgl. hinten, 3. Kapitel S. 49 ff.

2. KAPITEL: DAS VERFAHREN.

=====

§ 7 Einleitung.

Beim Hinterlegungsverfahren ist zu unterscheiden zwischen der Hinterlegung als einstweiliger Verfügung (= vorsorgliche Massnahme) während der Dauer eines hängigen Prozesses und der Hinterlegung vor Beginn des ordentlichen Rechtsstreites.

Einstweilige Verfügungen während der Dauer des Rechtsstreites dienen dazu, einer Partei während des ordentlichen Verfahrens (ev. schon vor dem Hauptprozess) Rechtsschutz zu gewähren. Das Gericht trifft gemäss § 110 Abs. 1 ZPO die geeigneten Massnahmen innerhalb des pendenten Prozesses, wenn glaubhaft gemacht wird, dass einer Partei ein nicht wiedergutzumachender Nachteil, besonders durch Veränderung des bestehenden Zustandes, drohe. Diese Massnahmen können die Sicherung der Urteilsvollstreckung oder die Herstellung einer Friedensordnung bezwecken (293). Sie werden vom Kollegialgericht mittels prozessleitenden Beschluss (294) oder vom Einzelrichter im ordentlichen Verfahren mittels Verfügung (295) erlassen.

Vorliegend wird indessen nicht die Hinterlegung als einstweilige Verfügung bzw. vorsorgliche Massnahme während eines Prozesses behandelt, sondern das separate Hinterlegungsverfahren vor Beginn des Rechtsstreites im ordentlichen Verfahren.

Dieses Hinterlegungsverfahren als separates Verfahren

(293) Walder, S. 361.

(294) § 110 ZPO und § 155 GVG.

(295) § 155 GVG.

ist wiederum abzugrenzen gegenüber den richterlichen Anordnungen im sogenannten Befehlsverfahren nach § 222 ZPO. Beiden Verfahren ist einzig gemeinsam die Glaubhaftmachung des Anspruches als Voraussetzung der Bewilligung und die mit der Bewilligung verbundene Fristansetzung zur Einleitung des ordentlichen Prozesses (296). Ansonsten aber sind Voraussetzungen und Eigenarten der beiden Verfahren verschieden (297).

Wo das materielle Recht (298) etwas über den Vorgang der Hinterlegung festhält, nennt es bloss den Hinterlegungs-ort (299).

Ueber das Verfahren wird im materiellen Recht aber nichts aufgeführt. Es ist Sache des kantonalen Rechts, über Organisation und Verwaltung der kantonalen Gerichte zu legislieren (300) und als Bestandteil des Zivilprozessrechts Vorschriften zu erlassen (301). Ueber das ganze Bundesrecht hinweg finden sich Vorschriften, welche in das kantonale Zivilprozessrecht eingreifen (302); es bestehen über die verfassungsrechtlichen Grundlagen grundsätzlich keine Bedenken (303).

(296) § 228 bzw. § 220 Abs. 2 ZPO.

(297) vgl. hinten, S. 105.

(298) z.B. Art. 92 OR.

(299) Als Hinterlegungs-ort gilt grundsätzlich der Ort der Erfüllung, vgl. Art. 74 OR.

(300) Guldener, S. 65;
Art. 64 Abs. 2 BV.

(301) Oser/Schönenberger, N 4 zu Art. 92 OR.

(302) z.B. die Gerichtsstandsbestimmungen in ZGB und OR;
vgl. dazu Biedermann, S. 145 ff.

(303) Guldener, S. 68;
vgl. hinten, S. 161 ff.

§ 8 Die gesetzlichen Vorschriften.

A. Die neue und die alte Zivilprozessordnung.

I. Die alte Zivilprozessordnung von 1913.

1. Das Verfahren in nichtstreitigen Rechtssachen.

Das Gesetz betreffend den Zivilprozess (Zivilprozessordnung) vom 13. April 1913 (304) regelte in einem speziellen Abschnitt (305) das Verfahren in nichtstreitigen Rechtssachen.

Dieses sog. nichtstreitige Verfahren umfasste "das Verfahren der Behörden bei der Begründung, Aenderung oder Aufhebung von Privatrechten oder zur Erhebung und Feststellung eines Sachverhaltes auf einseitigen Antrag von Privaten"(306).

Diese Umschreibung war insofern ungenau, als auch das streitige Verfahren Entscheidungen kannte, die unmittelbar gestaltend in privatrechtliche Rechtsbeziehungen eingreifen konnten (307). Ebenso konnte auch das streitige Verfahren auf Feststellung eines Sachverhaltes gerichtet sein (308).

Das Verfahren in nichtstreitigen Rechtssachen unterschied sich vom Verfahren der ZPO im engeren Sinn in zweifacher Hinsicht. Zum einen wurden entweder übereinstimmende Anträge mehrerer am Rechtsverhältnis Beteiligter oder der einseitige Antrag des allein Berechtigten vorausgesetzt; waren

(304) ZG 6, S. 295.

(305) § 378 ff. aZPO.

(306) § 378 aZPO.

(307) z.B. die Gestaltungsurteile.

(308) z.B. bei Klage auf Feststellung.

Beteiligte unter sich im Widerstreit oder wurde von dritter Seite Einsprache erhoben, wurde die Streitsache im "normalen" Zivilprozessverfahren ausgefochten (309). Zum andern bestand die Aufgabe des Zivilprozesses vorwiegend in der Feststellung bestehender Rechte, während im nichtstreitigen Verfahren die behördliche Mitwirkung zur Entstehung neuer Rechte dienen sollte, neben einigen andern Fällen, in denen bei Errichtung von Rechtsgeschäften um die amtliche Mitwirkung zur Beglaubigung von Tatsachen nachgesucht wurde (310). Soweit nicht der Bundesgesetzgeber selber die Zuweisung in das nichtstreitige Verfahren angeordnet hatte, bestimmte das kantonale Recht, welche Rechtsverhältnisse ihm unterstellt werden sollten (311).

2. Das nichtstreitige Verfahren als Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (312).

Das Verfahren in nichtstreitigen Rechtssachen kannte zahlreiche Bestimmungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

"Unter streitiger Gerichtsbarkeit ist die Rechtsanwendung durch die Gerichte im Zweiparteiensystem zu verstehen. Die Bezeichnung der Gerichtsbarkeit als streitige erklärt sich daraus, dass sich die beiden beteiligten Parteien in der Regel im Widerstreit befinden " (313).

(309) ZR 19 Nr. 59.

(310) Sträuli/Hauser, N 1 zu § 378 aZPO.

(311) Für die gerichtliche Hinterlegung in nichtstreitigen Rechtssachen war nach der alten ZPO der Einzelrichter zuständig (§ 379 Abs. 2 aZPO). Ueber die örtliche Zuständigkeit des Einzelrichters in nichtstreitigen Rechtssachen enthielt das Gesetz keine allgemeinen Vorschriften.

(312) vgl. Guldener FGB.

(313) Guldener, S. 44.

Die freiwillige Gerichtsbarkeit besteht ihrem Wesen nach auch heute noch in einem obrigkeitlichen Verfahren zur Rechtsverwirklichung auf dem Gebiet des Privatrechts (314). Allerdings wird in diesem Verfahren bloss eine Person angehört (315). Dies kann verschiedene Gründe haben:

- Die Rechtssphäre einer bestimmten andern Person wird überhaupt nicht unmittelbar berührt. Eine zweite Person ist aus diesem Grunde nicht am Verfahren beteiligt. Dies trifft zu bei Beschränkung der Handlungsfähigkeit, Abkürzung der Wartefrist und Anordnung von Beistandschaften, Beurkundungen, Registereinträgen.
- Es ist ungewiss, ob überhaupt ein Rechtssubjekt vorhanden ist, dessen Rechtssphäre durch die nachgesuchte Anordnung tangiert werden könnte. Das Verfahren dient in erster Linie der Abklärung dieser Frage. Dies ist der Fall z.B. bei Verschollenerklärungen einer Person oder bei der Kraftloserklärung eines Wertpapiers. An die allenfalls in Betracht fallenden Personen ergeht in diesen Fällen die öffentliche Aufforderung sich zu melden. Meldet sich die vermisste Person bzw. der Inhaber des vermissten Wertpapiers, so wird das Verfahren eingestellt. Andernfalls erklärt die zuständige Behörde die vermisste Person für verschollen bzw. das vermisste Wertpapier für kraftlos.
- In den Fällen des Entzugs der elterlichen Gewalt werden dem Kinde mit Rücksicht auf seine Handlungsfähigkeit keine Privatrechte im Verfahren eingeräumt. Seine Interessen sind vielmehr von der zuständigen Behörde wahrzunehmen, wo-

(314) Guldener, S. 45.

(315) Beispiele: Verschollenerklärung einer Person (Art. 35 ZGB), Kraftloserklärung von Wertpapieren (Art. 870 ZGB, Art. 971 ff., 977, 981 ff., 1072, 1143 Ziff. 19 OR), Abkürzung der Wartefrist nach Auflösung der Ehe nach Art. 103 ZGB, Öffentliche Beurkundung von privaten Geschäften nach Art. 55 SchlT ZGB etc.

bei am Verfahren deshalb lediglich eine Partei beteiligt ist, weil die Wahrnehmung der Kinderinteressen und Entscheidung über den Entzug der elterlichen Gewalt derselben Behörde überbunden ist.

Die Gesetzgebung des Bundes und einzelner Kantone nahmen weder zur Zeit der alten ZPO noch nehmen sie heute ausdrücklich Bezug auf die Unterscheidung zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit. Die Unterscheidung war und ist dem schweizerischen Recht aber keineswegs unbekannt (316).

Das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit spielt sich nicht notwendigerweise vor Zivilgerichten ab, vielmehr waren dazu eher Verwaltungsbehörden zuständig (317). Die Grundsätze des streitigen Verfahrens liessen sich denn auch nicht ohne weiteres auf die freiwillige Gerichtsbarkeit übertragen (318).

3. Das nichtstreitige Verfahren und das Verwaltungsverfahren.

Das Verfahren, welches sich den Fällen der nichtstreitigen Rechtssachen vor den Behörden abspielte, stand insofern dem Verfahren in Verwaltungssachen nahe, als der rechts-

(316) Guldener FGB, S. 1.

Bedarf es nach Bundesrecht einer Amtshandlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit, um Rechte (oder rechtliche Fähigkeiten) zu begründen, zu ändern oder gar aufzuheben, so kann das kantonale Prozessrecht nicht festlegen, dass die Amtshandlung in einem Zivilprozess durch Klage zu erwirken sei.

(317) z.B. Notare, Betreibungsbeamte, Handelsregisteramt, Zürcher Kantonalbank, vgl. § 379 aZPO.

(318) Guldener, S. 42.

anwendenden Behörde ebenfalls nur ein Beteiligter gegenüberstand (319). Allerdings aber lag nicht ein Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechts zwischen staatlicher Obrigkeit und Bürger vor, das zu gestalten oder festzustellen war, sondern das Verfahren zielte vielmehr darauf ab, subjektive Privatrechte oder privatrechtliche Fähigkeiten zu begründen oder aufzuheben. Der Gegenstand des nichtstreitigen Verfahrens war privatrechtlicher Natur und das Verfahren daher kein eigentlich verwaltungsrechtliches; mangels Teilnahme zweier Parteien aber auch kein eigentlicher Zivilprozess (320).

II. Die Ueberlegung der Experten- und der Kantonsratskommission.

Die im Hinblick auf die Totalrevision der ZPO eingesetzte Expertenkommission (321) ging bei der Bearbeitung einer Neufassung des Verfahrens in nichtstreitigen Rechtssachen von folgenden Ueberlegungen aus: der Unterschied des nichtstreitigen zum streitigen Verfahren bestehe im wesentlichen im Vorhandensein einer Gegenpartei, deren Anhörung ein Streitiges Verfahren auslöse (322). Fehle diese Gegenpartei

-
- (319) § 378 aZPO: " Das Verfahren in nichtstreitigen Rechtssachen umfasst das Verfahren der Behörden... auf einseitigen Antrag von Privaten". Das für den Zivilprozess eigentümliche Zweiparteienverfahren fand hier demnach keine Anwendung.
- (320) Die Abgrenzung des öffentlichen Rechts zum Privatrecht wird im Kapitel über die rechtliche Natur des Verfahrens behandelt; vgl. hinten, S. 153 ff.
- (321) Die Expertenkommission bestand aus den Herren Brugger (Justizdirektor), Guldener, Neidhart, Messmer, Sträuli, Wiget und Tinner (Direktionssekretär).
- (322) EK, S. 354 ff.

hingegen, sei nichtstreitig zu verfahren. Die Frage, ob die Fälle von § 392 aZPO ins streitige oder nichtstreitige Verfahren gehörten, lasse sich nicht generell beantworten. Die bisherige Praxis habe gezeigt, dass eine sinnvolle Zuweisung zur streitigen bzw. nichtstreitigen Rechtsprechung häufig nicht möglich sei. Im nichtstreitigen Verfahren seien nämlich auch Geschäfte behandelt worden, die stets zwei Parteien betroffen hätten und meist streitig gewesen seien (z.B. Bauhandwerkerpfandrechte). Auch Hinterlegungen könnten stark umstritten sein, obschon sie nach der alten ZPO zum nichtstreitigen Verfahren gehörten. Um das Verfahren der Hinterlegung zu ordnen, sei die Neuschaffung einer Spezialvorschrift an die Hand zu nehmen, wobei es sich nicht darum handeln könne, dass ein neuer Gesetzesabschnitt geschaffen werden müsse. Eine einzige Bestimmung über die Hinterlegung genüge. Im übrigen war man der Ansicht, die nichtstreitigen Geschäfte könnten unter die Aufgaben des summarischen Verfahrens eingereiht werden (323). Insbesondere da im Hinterlegungsverfahren bisher noch stets ein Gegner aufgetreten sei, liege hier nicht ein eigentlich nichtstreitiges Verfahren vor. Aus den Begehren um Bewilligung von Hinterlegungen könnten sich auch durchaus richtige Prozesse entwickeln.

Die Kantonsratskommission vertrat die Ansicht, die neue ZPO werde durch die Aufhebung des separaten nichtstreitigen Verfahrens entscheidend entlastet (324). Soweit die Bestimmungen nämlich nicht durch die Eingliederung in die Nebengesetzgebung bereits obsolet geworden seien, habe man schon die entsprechende Spezialgesetzgebung geschaffen (325).

(323) KK, S. 218.

(324) KK, S. 17.

(325) z.B. § 235a EG z ZGB, oder die Notariatsgesetzgebung (EK, S. 348, 372, 378, 420, 753; KK, S. 218 und 566).

Die bisherige Aufteilung in nichtstreitiges und summarisches Verfahren war zufällig und inkonsequent. Daher wurde die neue ZPO nicht nach Sachgebieten, sondern nach Verfahrensgesichtspunkten getrennt. Die bisher 37 Paragraphen über das summarische und 72 Paragraphen über das nichtstreitige Verfahren wurden in Ausführung der geschilderten Ueberlegungen und zur Behebung zahlreicher Doppelspurigkeiten neu in 34 Paragraphen zusammengefasst und dem summarischen Verfahren zugeordnet, wie dies in den meisten Kantonen bereits der Fall war (326). In dieser Weise wurde dem in den meisten Fällen ohnehin streitigen Verfahren bei Hinterlegungen besser Rechnung getragen. Die in bezug auf das Hinterlegungsverfahren unter dem alten Recht schon umstrittene Unterscheidung zwischen freiwilliger und streitiger Gerichtsbarkeit war damit für das Hinterlegungsverfahren hinfällig geworden und wurde deshalb aufgehoben.

III. Das summarische Verfahren der geltenden ZPO.

1. Das summarische Verfahren als abgekürztes Verfahren.

"Seinem Wesen nach ist das summarische Verfahren ein abgekürztes Verfahren, in welchem den Parteien nicht alle Angriffs- und Verteidigungsmittel zu Gebote stehen wie im ordentlichen Prozess" (327). (Ordentlich im Gegensatz zum summarischen Verfahren). Als Beweismittel sind nur die persönliche Befragung der Parteien, schriftliche Auskünfte, Augenschein und Urkunden zulässig (328). Andere Beweismittel

(326) EK, S. 347, 354 und 396; KK, S. 17 und 218.

(327) Guldener, S. 584.

(328) § 209 Abs. 1 ZPO.

wie Zeugen oder Sachverständige sind nur zugelassen, wenn der Kläger nicht auf das ordentliche Verfahren verwiesen werden kann oder das Verfahren nicht wesentlich verzögert wird.

Das summarische Verfahren als sogenannt rasches Verfahren erweist sich besonders geeignet für jene Fälle, in denen der streitige Anspruch lediglich glaubhaft gemacht werden muss, denn das formelle Vorgehen ist hier vereinfacht.

Das summarische Verfahren kann sowohl bundesrechtlich (329) als auch kantonrechtlich (330) vorgesehen sein. In der neuen Zürcher Zivilprozessordnung sind dem summarischen Verfahren auch jene Geschäfte einverleibt, die bisher nach alter ZPO dem Verfahren in nichtstreitigen Rechtssachen eingegliedert waren, also auch solche der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in denen manchmal die Gegenpartei fehlt (331).

Nach geltendem Zivilprozessrecht stehen die Entscheide im summarischen Verfahren denjenigen im ordentlichen Verfahren hinsichtlich der Rechtskraft grundsätzlich gleich, jedoch ist der ordentliche Richter an den Entscheid im summarischen Verfahren nicht gebunden, wenn das Begehren lediglich glaubhaft zu machen ist (332).

(329) Prozesse nach Art. 25 Ziff. 2, Art. 80, Art. 151 ff., Art. 177 SchKG.

(330) § 300 ff. ZPO, § 222 ZPO.

(331) Im eigentlichen Hinterlegungsverfahren findet sich ebenfalls keine Gegenpartei, bloss das zu grunde liegende Rechtsverhältnis ist ein Zwei- bzw. Mehrparteienstreit.

(332) § 212 Abs. 1 und Abs. 3 ZPO;
Sträuli/Messmer, N 10 zu § 220 ZPO.

2. Die Abgrenzung gegenüber dem Befehlsverfahren.

Das Verfahren der gerichtlichen Hinterlegung ist zu unterscheiden vom Befehlsverfahren nach § 222 ZPO.

Das Befehlsverfahren dient der Vollstreckung rechtskräftiger gerichtlicher Entscheide (333), der schnellen Handhabung klaren Rechts bei nicht streitigen oder sofort beweisbaren tatsächlichen Verhältnissen, insbesondere bei Ausweisung von Mietern und Pächtern nach Art. 282 SchKG (334) sowie der Abwehr eines drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils, besonders durch Veränderung des bestehenden Zustandes, falls diese Voraussetzungen glaubhaft gemacht werden und der Prozess noch nicht rechtshängig ist (335).

Obwohl das Verfahren der gerichtlichen Hinterlegung hinsichtlich der Voraussetzungen ähnlich ist (Glaubhaftmachung hinreichender Gründe für die Hinterlegung, Glaubhaftmachung der im Gesetz vorgesehenen Voraussetzungen im Befehlsverfahren), sind die beiden Verfahren doch klar voneinander zu unterscheiden.

Das eigentliche Befehlsverfahren zur schnellen Handhabung klaren Rechts ermöglicht es einem Kläger, dem ein bestrittener, aber liquider Anspruch zusteht, besonders rasch zu seinem Recht zu kommen (336). Dabei wird, falls klare Verhältnisse vorliegen, über den Anspruch selbst entschieden, d.h. ein Sachurteil gefällt, weshalb das Verfahren seinem Wesen nach ein Erkenntnisverfahren darstellt; gerade dies

(333) Zwangsvollstreckung nach § 222 Ziff. 1 ZPO.

(334) Befehl im engeren Sinn nach § 222 Ziff. 2 ZPO.

(335) vorsorgliche Massnahme nach § 222 Ziff. 3 ZPO.

(336) Hauser/Hauser, S. 53.

ist aber die gerichtliche Hinterlegung als Vorverfahren nicht (337). Im Befehlsverfahren wird die Vollstreckung der nicht nach SchKG zu vollstreckenden Leistung angeordnet, während dem die Hinterlegung im summarischen Verfahren einer vorläufigen Anordnung gleichkommt.

B. Die Verordnung des Obergerichts über die Verwaltung von Depositen, Kautionen und Effekten vom 23. November 1960 (338).

Die vom Obergericht unter dem 23. November 1960 erlassene Verordnung regelt neben der Verwaltung von Kautionen und Effekten auch diejenige von Hinterlegungen. Nach Inkrafttreten der neuen Zivilprozessordnung sind diese Bestimmungen allerdings nicht entsprechend geändert worden. Da sie aber auch nie ausser Kraft gesetzt wurden, ist die ganze Verordnung heute noch gültig und infolgedessen den Aenderungen der neuen ZPO entsprechend sinngemäss anzuwenden.

Nach § 1 der Verordnung sind Depositen "Gegenstände und Werte, die einem Gericht als Hinterlegung oder Sicherstellung zu Gunsten Dritter übergeben werden". Namentlich fallen darunter Hinterlegungen in ehemals nichtstreitigen Rechtssachen, heute summarisches Verfahren nach § 214 ff. ZPO.

(337) hinten, S. 129 ff.

(338) ZG 6, S. 180 ff.

"Die Entgegennahme von Depositen bedarf einer Anordnung des zuständigen Richters" (339). Diese Anordnung ist identisch mit der für die gerichtliche Hinterlegung kennzeichnenden richterlichen Bewilligung (340).

Wertschriften, die eine besondere Verwaltung erfordern, sind, analog zu der Bestimmung in § 235 a EG z ZGB, bei der Zürcher Kantonalbank in ein offenes Depot der Gerichtskasse zu legen.

Die Verwaltung und Verwahrung von Wertschriften, Wertsachen, Bürgschaftsverpflichtungen und Geldern in ausländischer Währung ist Sache der Gerichtskasse. Bei den übrigen Effekten obliegen Verwaltung und Verwahrung der Gerichtskanzlei, soweit nicht der zuständige Richter abweichende Anordnungen trifft (341). Es ist für sichere Verwahrung und möglichste Werterhaltung zu sorgen (342). Die Gerichtskasse hat alljährlich das Depositenverzeichnis durchzusehen und durch Anzeige an den zuständigen Richter die Bereinigung offener Einträge zu veranlassen (343). Schon gemäss § 396 aZPO bestand für den Einzelrichter von Zeit zu Zeit eine Prüfungspflicht mit entsprechender Revision der Verzeichnisse. Obwohl in der neuen ZPO nicht ausdrücklich vorgesehen, dürfte für den Einzelrichter bzw. den Gerichtsschreiber oder Gerichtsssekretären eine solche Pflicht zur zeitweiligen Ueberprüfung nach wie vor im Rahmen der ihnen obliegenden Geschäftsleitung bestehen (344).

Die Depositen werden grundsätzlich nur auf richterliche Anordnung hin freigegeben (345).

(339) § 2 der Verordnung.

(340) vgl. vorne S. 92 ff.

(341) § 13 der Verordnung.

(342) § 14 der Verordnung.

(343) § 16 der Verordnung.

(344) § 121 bzw. § 126 GVG.

(345) § 17 der Verordnung.

§ 9 Der Ort der Hinterlegung.

A. Definition und Abgrenzung.

Der Hinterlegungsort ist derjenige Ort, innerhalb dessen Grenzen sich die Stelle befindet, an welche der zu hinterlegende Gegenstand zur Aufbewahrung zu übergeben ist (346).

Der Hinterlegungsort ist zu unterscheiden von der Hinterlegungsstelle; Ort der Hinterlegung ist eine Ortschaft, eine geographische Oertlichkeit, an welcher sich die Hinterlegungsstelle befindet. Die Hinterlegungsstelle ihrerseits ist das betreffende öffentliche oder private Institut, welches den Hinterlegungsgegenstand zu verwahren hat. Sie ist ein Gericht, eine Behörde, eine Bank oder eine andere Depositenstelle (347).

B. Die Herleitung des Hinterlegungsortes.

Der Ort der Hinterlegung ergibt sich aus der Natur und dem Zweck der Hinterlegung (348):

I. Im pendenten Prozessverfahren.

Ist ein Prozess pendent und ergeht die Anordnung zur Hinterlegung vom Richter im Rahmen des Prozessverfahrens als sichernde Massnahme (zur Deckung der Prozesskosten oder zur Erhaltung des Streitgegenstandes), ist der Hinterlegungsort derjenige, den das Gericht bezeichnet.

(346) Imboden, S. 37.

(347) Zur geschichtlichen Entwicklung vgl. Imboden, S. 37/8.

(348) Portmann, S. 58.

II. Im separaten Hinterlegungsverfahren.

Im Fall der hier behandelten Art der gerichtlichen Hinterlegung im separaten Verfahren geht eine interessierte Partei den Richter um Bewilligung der gerichtlichen Hinterlegung an, ohne dass bereits ein Prozessverfahren eingeleitet worden ist. Die Frage, wo in diesem Fall deponiert werde, beantwortet das materielle Recht nur in einigen wenigen Fällen (349). Grundsätzlich hat danach der Richter des Erfüllungsortes den Hinterlegungsort zu bestimmen. Welcher Richter dann am Erfüllungsort dafür zuständig ist, wird grundsätzlich vom kantonalen Zivilprozessrecht bestimmt (350). Es ist dies eine Frage des Kantonalen Gerichtsstandes (351).

Der Erfüllungsort und damit die Bestimmung des Hinterlegungsortes richtet sich zunächst nach der Vereinbarung der Vertragsparteien bzw. nach dem aus den Umständen zu schliessenden Willen der Parteien (352). Haben die Parteien keine Vereinbarung über den Erfüllungsort getroffen bzw. ist aus den Umständen nicht darauf zu schliessen, so gelten die gesetzlichen Vorschriften von Art. 74 Abs. 2 und Abs. 3 OR: Bei Bringschulden ist am Domizil des Gläu-

(349) Art. 92 Abs 2 OR;
§ 235 a EGzZGB, welche Bestimmung ausdrücklich als Depositenstelle für die Hinterlegung von Einzahlungen auf Aktien nach Art. 633 Abs. 3 OR die Zürcher Kantonalbank, Hauptsitz und Niederlassungen, sowie die in der Verordnung des Regierungsrates betreffend die Hinterlegung von Einzahlungen auf Aktien vom 14. Dezember 1977 (ZG 46, S. 725) ermächtigten Bankinstitute bezeichnet.
Den Spezialfall von Art. 861 ZGB siehe hinten, S. 111.

(350) Guldener, S. 61;
Imboden, S. 39/40;
Biedermann, S. 100.
Nach § 392 Abs. 3 aZPO war ebenfalls der Einzelrichter am Erfüllungsort zuständig.

(351) siehe hinten, S. 113.

(352) Art. 74 Abs. 1 OR.

bigers, bei Holschulden an demjenigen des Schuldners zu hinterlegen; ferner sind bestimmte Sachleistungen da zu übergeben und zu hinterlegen, wo die Sachen sich zur Zeit des Vertragsabschlusses befanden (353).

Waren können ohne richterliche Bewilligung hinterlegt werden. Diese sog. erleichterte Hinterlegung (354) erfolgt in einem Lagerhaus (355). Allerdings liegt in diesem Fall keine gerichtliche Hinterlegung vor, sodass hier die Frage der richterlichen Bewilligung des Hinterlegungs-ortes wegfällt.

C. Die nicht am Erfüllungsort erfolgte Hinterlegung.

Es ist grundsätzlich Sache des Schuldners, der hinterlegen will, den Erfüllungsort zu finden (356).

Hinterlegt der Schuldner an einem andern als dem Erfüllungsort, ist die Hinterlegung wirkungslos (357), genauso wie die Leistung der Schuldpflicht, die nicht am Erfüllungsort erfolgt, nicht Befreiung des Schuldners herbeizuführen vermag. Die Hinterlegung muss also zwingend am Erfüllungsort stattfinden (358), um rechtlich eine Wirkung zu haben.

(353) Portmann, S. 59;
Imboden, S. 38;
Biedermann, S. 100.

(354) vgl. hinten, S. 100.

(355) Art. 92 Abs. 2 OR.

(356) Biedermann, S. 101.

(357) Oser/Schönenberger, N 2 zu Art. 92 OR;
Imboden, S. 45;
Portmann, S. 59;
Biedermann, S. 106;
von Tuhr/Escher, S. 77/78.

(358) Becker, N 14 zu Art. 92/94 OR.

D. Das Verhältnis zwischen dem Erfüllungsort und dem
Hinterlegungsort.

I. Allgemeines.

Bei einer Aenderung des ursprünglichen Erfüllungsortes, z.B. wenn in der Zwangsvollstreckung eine Bringschuld sich in eine Holschuld umwandelt, indem der oder die Gläubiger die Leistung des Schuldners selber beim Betreibungsamt abzuholen hat oder haben, wandelt sich auch der Hinterlegungsort entsprechend. Das Betreibungsamt kann also im angeführten Beispiel die Schuld an seinem Amtssitz hinterlegen. Ebenfalls ist der Schuldner dann, wenn der Gläubiger seinen Wohnsitz, an dem er die Erfüllung fordern kann, nach Entstehung der Schuld ändert und dem Schuldner daraus erhebliche Belästigungen erwachsen, berechtigt, am ursprünglichen Wohnsitz zu erfüllen (359).

II. Bei Zahlungen nach Art. 861 Abs. 2 ZGB (Schuldbrief und Gült).

Nach dem Wortlaut von Art. 861 Abs. 2 ZGB kann der Schuldner sich durch Hinterlegung der Zahlungen für Schuldbrief und Gült am eigenen Wohnsitz oder am früheren Wohnsitz des Gläubigers befreien, wenn der Wohnsitz des Gläubigers nicht bekannt oder zum Nachteil des Schuldners verlegt worden ist. Dieser Hinterlegungsort hat nichts zu tun mit dem Erfüllungsort; die Regelung von Art. 861 Abs. 2 ZGB ist also nicht übereinstimmend mit dem allgemeinen Grundsatz. Von einer Umwandlung der ursprünglich für die Geldzahlung auch bei Schuldbrief und Gült geltenden Bring-

schuld in eine Holschuld ist diesfalls nicht die Rede (360). Die Regelung der Hinterlegung am früheren Wohnsitz des Gläubigers ist identisch mit Art. 74 Abs. 3 OR bzw. eine Anwendung dieser Bestimmung, wonach am ursprünglichen Wohnsitz erfüllt und demnach auch hinterlegt werden kann, wenn der Gläubiger seinen Wohnsitz nach Entstehung der Schuld ändert.

Die Hinterlegung am eigenen Wohnsitz wäre dem Schuldner nur dann zu gestatten, wenn ihm überhaupt nie ein Wohnsitz des Gläubigers bekannt war und wenn er bei einer gewöhnlichen Bringschuld, die bei Zahlungen für Schuldbrief und Gült nach Art. 861 Abs. 3 ZGB gerade nicht typisch ist, den Aufenthaltsort des Gläubigers nicht kennt.

III. Der Hinterlegungsort bei Prätendentenstreit nach Art. 168 OR.

Die Frage nach dem richtigen Erfüllungsort und damit nach dem Hinterlegungsort stellt sich insbesondere dann, wenn zwischen mehreren Gläubigern Streit ausgebrochen ist, d.h. im Fall des Prätendentenstreits nach Art. 168 OR. Die Rechtsprechung hat hier die Lösung in Analogie zu der gesetzlichen Regelung in Art. 74 Abs. 3 OR getroffen: Der Hinterlegungsort bestimmt sich danach, wo hätte erfüllt werden müssen, wenn nicht der zweite Prätendent dazugekommen und nicht streitig geworden wäre, wem die Forderung rechtens zustehe, also nach dem "ursprünglichen" Erfüllungsort. Beim Gläubigerstreit steht die Aenderung des Hinterlegungsortes ebensowenig im Belieben des Schuld-

ners, wie ihm die Aenderung des Erfüllungsortes zustehen würde, wenn der Gläubigeranspruch nicht umstritten wäre (361).

E. Das Verhältnis des Hinterlegungsortes zum Gerichtsstand.

I. Die Gerichtsstandgarantie nach Art. 59 BV.

Der Erfüllungsort als Ort für die Hinterlegung steht dem durch Art. 59 BV einem aufrechtstehenden, d.h. zahlungsfähigen Schuldner garantierten Gerichtsstand seines Wohnortes nicht entgegen. Denn die gerichtliche Hinterlegung des Schuldobjektes bleibt ohne Einfluss auf den Gerichtsstand, an welchem der Streit über die Hinterlage zum Austrag kommt, da sie dem Gläubiger kein dingliches Recht am Depositum verschafft (362). Art. 59 BV will nicht den Wohnsitz des Schuldners zu einem bundesrechtlichen Gerichtsstand erheben, die Bestimmung bezeichnet vielmehr den Kanton, dessen Gerichte kompetent sind und nicht das innerhalb dieses Kantons zuständige Gericht. Die Bestimmung des Gerichtsstandes innerhalb eines Kantons ist Sache des kantonalen Rechts (363).

Der Richter, der am Erfüllungsort den Hinterlegungsort festlegt, braucht nicht auch den Erfüllungsort als Hinterlegungsort zu bezeichnen. Vielmehr hat er die Gerichtsstandsklausel von Art. 59 BV bei der Bewilligung der Hinterlegung bzw. Fristansetzung zur Klage in den ordentlichen Prozess zu beachten.

(361) Becker, N 4 zu Art. 168 OR;
ZR 36 Nr. 139;
BGE 63 II 57;
Sträuli/Hauser, N 4 zu § 392 aZPO.

(362) vgl. hinten, S. 243.

(363) Guldener, S. 60 ff.

II. Die Zürcher Zivilprozessordnung.

Der Gläubiger kann also grundsätzlich sein Interesse prozessual auch bei Festlegung des Erfüllungsortes als Hinterlegungsort nur an dem von der kantonalen Zivilprozessordnung für den Einzelfall vorgesehenen Gerichtsstand geltend machen (364). Die örtliche Zuständigkeit liegt nach den allgemeinen Regeln im Zweiparteienverfahren am Wohnsitz des Beklagten (365). Jedoch stehen die bundesrechtlichen Gerichtsstände, namentlich am Erfüllungsort, im Vordergrund (366). Für Klagen auf Herausgabe der hinterlegten Sachen ist nach der Zürcher Zivilprozessordnung der Gerichtsstand des Ortes der gerichtlichen Anordnung vorgesehen (367). Das Zivilprozessrecht stimmt diesbezüglich mit dem materiellen Recht überein (368).

F. Ausnahmen.

Ausnahmsweise kann die Hinterlegung an einem andern als dem Erfüllungsort erfolgen:

I. Die Distanzgeschäfte im Allgemeinen.

Hat der Schuldner bei den sogenannten Distanzgeschäften die Ablieferung übernommen, so ist in gewissen Fällen die

(364) § 1-16 ZPO.

(365) § 2 ZPO.

(366) Sträuli/Messmer, N 3 zu § 220 ZPO.

(367) § 8 ZPO.

(368) Sträuli/Messmer, N 1 zu § 8 ZPO.

Hinterlegung am Bestimmungs- oder Ablieferungsort zulässig (369).

Es wäre nicht angängig, die Ware an den ursprünglichen Erfüllungsort am Wohnsitz des Schuldners zurückzutransportieren, da der Schuldner bei Versendung bzw. Antritt des Transportes der Ware von der Annahmeverweigerung seitens des Gläubigers keine Kenntnis haben konnte. Aus Gründen der Zweckmässigkeit (Kosten, Gefahr der Beschädigung) ist daher die Hinterlegung am Ablieferungsort gerechtfertigt.

Hatte der Schuldner indessen schon vor der Versendung bzw. Abtransportierung der Ware die Gewissheit, dass der Gläubiger die Leistung nicht annehmen werde, da er z.B. zum voraus eine derartige Erklärung abgegeben hatte, so bleibt der Schuldner zur Hinterlegung am Erfüllungsort, der mit dem Bestimmungs- bzw. Ablieferungsort nicht identisch zu sein braucht, verpflichtet (370).

II. Die Streitfälle aus Frachtvertrag im Speziellen.

Während die Bewilligung zur gerichtlichen Hinterlegung in allen andern Fällen (371) am Erfüllungsort einzuholen ist, kann in den Streitfällen aus Frachtvertrag (372) die am Ort der gelegenen Sache zuständige Amtsstelle die Hinterlegung des Frachtgutes auf Begehren eines der beiden

(369) Oser/Schönenberger, N 2 zu Art. 92 OR;
Becker, N 14 zu Art. 92/94 OR;
Imboden, S. 40.

(370) Sträuli/Messmer, N 9 zu § 220 ZPO.

(371) Art. 861 ZGB, Art. 92, 96, 168, 744, 913, 1032, 1080 OR.

(372) Art. 440 ff. OR.

am Frachtvertrag Beteiligten anordnen (373).

G. Der Ort der Rückgabe der Hinterlage.

Der Ort der Hinterlegung ist identisch mit dem Ort der Rückgabe der Hinterlage (374).

(373) Art. 453 Abs. 1 OR;
Guldener, IZR, S. 194.

(374) Sträuli/Messmer, N 9 zu § 220 ZPO.

§ 10 Die Hinterlegungsstelle.

A. Definition und Abgrenzung.

Die Hinterlegungsstelle ist das betreffende öffentliche oder private Institut, welches gegebenenfalls den Hinterlegungsgegenstand zu verwahren hat (375). Sie ist ein Gericht, eine Behörde, ein Bankinstitut oder andere Depositenstelle (376).

Die Hinterlegungsstelle ist vom Hinterlegungsort zu unterscheiden. Durch die Anlehnung des Hinterlegungsortes an den Erfüllungsort soll die geschuldete Leistung dem Gläubiger so nahe gebracht werden, dass dieser bei Wegfall des Hinterlegungsgrundes ohne weiteres sich ihrer zu bemächtigen vermag.

B. Die Funktion der Hinterlegungsstelle.

Die Funktion der Hinterlegungsstelle liegt im Gegensatz zum obgenannten Zweck des Hinterlegungsortes vor allem darin, den Leistungsgegenstand so weit wie möglich der Sphäre des Schuldners zu entrücken, damit dieser als befreit gelten kann (377). Dazu ist die Hinterlegungsstelle das entsprechende private oder öffentliche Institut.

Daneben soll die durch die richterliche Verfügung bezeichnete Hinterlegungsstelle Gewähr bieten für eine möglichst grosse Sicherheit der Hinterlagen. Die zur

(375) Imboden, S. 41.

(376) vorn, S. 108.

(377) ZR 26 Nr. 36.

Aufnahme von Hinterlagen bestimmten Räumlichkeiten müssen zu diesem Zweck so beschaffen sein, dass die darin verwahrten Sachen weder verderben noch überhaupt Schaden nehmen können. Je nach der Beschaffenheit des Objektes das hinterlegt werden soll, bedarf es daher auch entsprechender Aufbewahrungsortlichkeiten. Nach § 14 der Verordnung des Obergerichts vom 23. November 1960 ist bei Depositen, Kautionen und Effekten für sichere Verwahrung und möglichste Werterhaltung zu sorgen. Hier kann die Mitwirkung eines staatlichen Organs die Interessen des Schuldners und des Gläubigers in dem Masse unparteiisch wahrnehmen, wie es für eine Einrichtung, die widerstreitenden Interessen gerecht werden soll, erforderlich ist. Eine Hinterlegungsstelle ist jedoch generell erst dann als genügend einzustufen, wenn sie geeignet ist, Waren von bestimmter Art aufzunehmen, oder wenn der Dritte, dem die Ware anvertraut wird, sich mit der Aufbewahrung gewerbsmässig beschäftigt (378). In diesem Sinn kann auch eine private Stelle zur Aufbewahrung von Hinterlagen durchaus geeignet sein.

C. Die Hinterlegung bei der falschen Hinterlegungsstelle.

Genauso wie die Hinterlegung an einem andern als dem Erfüllungsort wirkungslos ist (379), vermag auch die Hinterlegung bei der unrichtigen Hinterlegungsstelle keine Wirkung zu entfalten. Indessen ist zu berücksichtigen, dass die Hinterlegung bei der falschen Instanz inner-

(378) BGE 34 II 305.

(379) vorn, S. 110.

halb der richtigen Hinterlegungsstelle (380) durch die Hinterlegungsstelle selber richtiggestellt werden muss.

D. Die verschiedenen Arten von Hinterlegungsstellen.

Der Wortlaut der materiellrechtlichen Hinterlegungsbestimmungen (381) erweckt zunächst den Anschein, die Hinterlegungsstelle falle mit dem Ort der richterlichen Bewilligung zusammen. Ebenso könnte aus § 220 ZPO geschlossen werden, Hinterlegungsort und Hinterlegungsstelle seien identisch.

Indessen braucht die gerichtliche Hinterlegung trotz dieser Bewilligung durch den Richter nicht am Hinterlegungsort, sondern kann auch bei einer andern vom Richter bestimmten Hinterlegungsstelle erfolgen (382). In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Bemerkung bei von Tuhr (383), es könne im Fall von Art. 168 Abs. 1 OR an einem andern Ort als dem Gericht hinterlegt werden, irreführend ist.

Gemeint sein kann nämlich nur eine andere Hinterlegungsstelle, denn der Ort der Hinterlegung bestimmt sich im Fall des Prätendentenstreites nach Art. 168 OR danach, welches der Erfüllungsort gewesen wäre, wenn kein Präten-

(380) z.B. beim Gericht: anstatt bei der Gerichtskasse auf der Gerichtskanzlei.

(381) Art. 861 Abs. 2 ZBG, Art. 36 Abs. 1, 168 Abs. 1, Art. 451 Abs. 1, 744 Abs. 1 OR.

(382) Der Richter bezeichnet mit dem Bewilligungsentcheid auch die Hinterlegungsstelle (Sträuli/Messmer, N 7 zu § 220 ZPO).

(383) vgl. Imboden, S. 42/43 zur sog. "privaten" Hinterlegung.

dent hinzugetreten wäre, also nach dem "ursprünglichen" Hinterlegungsort (384).

Die Verschiedenartigkeit der Hinterlegungsstellen richtet sich weitgehend nach den Hinterlegungsobjekten:

I. Die Hinterlegungsstelle bei Hinterlegung von Barbeträgen.

1. Die Gerichtskasse als wichtigste Hinterlegungsstelle:

Bei der Hinterlegung von Barbeträgen hat der Richter als Hinterlegungsstelle die Gerichtskasse zu bestimmen (385). Dies ergibt sich allerdings nicht aus dem Begriff der gerichtlichen Hinterlegung, denn darunter braucht nicht verstanden zu werden, dass die Hinterlegung beim Gericht zu geschehen habe. Gerichtlich bedeutet im Zusammenhang mit der Hinterlegung nur, dass diese unter der richterlichen Mitwirkung zu erfolgen hat (386).

Die Verordnung des Obergerichts über die Verwaltung von Depositen, Kautionen und Effekten vom 23. November 1960 (387) bestimmt in § 13, dass die Verwaltung und Verwahrung von Depositen, Kautionen und Effekten grundsätzlich Sache der Gerichtskasse ist.

Das vor dieser Verordnung geltende Reglement des Obergerichts betreffend die Behandlung der Depositen und Kau-

(384) von Tuhr/Peter, S. 363;

vorn, S. 21 ff.

(385) ZR 54 Nr. 25.

(386) vorn, S. 93.

(387) ZG 6, S. 180 ff.

tionen vom 31. Dezember 1887 bestimmte in § 3 sogar, dass Barbeträge in einer von der eigentlichen Gerichtskasse getrennt zu haltenden Kasse zu legen seien.

Mit der Verwahrung bei der Gerichtskasse soll der Anspruch des Hinterlegers oder eines andern Anspruchsberechtigten auf eine sichere Aufbewahrung des hinterlegten Betrages gewährleistet werden. Dass die Gerichtskasse zwingend Hinterlegungsstelle sein müsse, ist nicht der Sinn dieser Bestimmung in der obergerichtlichen Verordnung. Eine anderweitige richterliche Anordnung bezüglich der Hinterlegungsstelle wird ausdrücklich vorbehalten (388). Der Richter, der die Hinterlegung bewilligt, kann daher durchaus auch eine andere Hinterlegungsstelle als die Gerichtskasse bezeichnen, z.B. eine Treuhandstelle oder eine Privatbank. Er wird dies jedoch nur dann tun, wenn er sich über die Sicherheit der Aufbewahrung des hinterlegten Betrages Gewissheit verschafft hat.

In der Praxis sind andere Hinterlegungsstellen als die Gerichtskasse für die Hinterlegung von Barbeträgen nur selten. Aus Gründen der Rechtsgleichheit und zur Verhinderung von Rechtsumgehungen (Ausstellen falscher Quittungen oder manipulierte Bestätigungen durch die Hinterlegungsstelle) bezeichnet im Normalfall bei Bewilligung der Hinterlegung von Barbeträgen der Einzelrichter die Gerichtskasse als Hinterlegungsstelle.

(388) § 13 der Verordnung.

2. Die Hinterlegung zur Bewilligung des Rechtsvorschlages
nach Art. 182 Ziff. 4 SchKG: (389)

Die Hinterlegung der Forderungssumme in Geld oder Wertpapieren zur Bewilligung des Rechtsvorschlages bei Glaubhaftmachung einer Einrede im Wechselrecht erfolgt weder beim Betreibungsamt noch bei den von den Kantonen nach Art. 24 SchKG zu bezeichnenden Depositenanstalten, sondern beim Gericht (390). Es ist naheliegend, dass das Geld diesfalls bei der Gerichtskasse hinterlegt wird.

II. Die Hinterlegungsstelle bei Hinterlegung von Wertschriften.

Wertschriften, die einer besonderen Verwaltung bedürfen, sind nach § 3 der Verordnung über die Verwaltung von Depositen, Kautionen und Effekten vom 23. November 1960 bei der Zürcher Kantonalbank in ein offenes Depot der Gerichtskasse zu legen. Die Bewilligung zur Hinterlegung der Wertschriften ergeht durch den Einzelrichter genauso wie im Fall der Hinterlegung von Barbeträgen. Die Ueberweisung der Wertpapiere an die Zürcher Kantonalbank erfolgt durch die Gerichtskasse.

Die Geltendmachung eines Rückerstattungsanspruches für die an der Quelle abgezogene Verrechnungssteuer ist Sache des an den hinterlegten Wertpapieren Berechtigten; die Gerichtskasse macht ihn darauf aufmerksam und liefert die erforderlichen Unterlagen (391).

(389) vgl. dazu: Schmidlin A., Die Bewilligung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung unter Hinterlegung der Forderungssumme gemäss Art. 182 Ziff. 4 SchKG, Zürich 1978.

(390) Jäger, N 13 zu Art. 182 SchKG.

(391) § 15 der Verordnung des Obergerichtes vom 23. November 1960.

III. Die sogenannte erleichterte Hinterlegung.

Eine gerichtliche Hinterlegung im Sinne der vorliegenden Arbeit liegt in all denjenigen Fällen nicht vor, da ohne richterliche Bewilligung hinterlegt und da ohne Vorverfahren mit entsprechender Fristansetzung zur Einleitung der Klage der ordentliche Prozess anhängig gemacht wird. Diese "private" Hinterlegung bei einem Dritten, welche nicht vom Richter bewilligt und die Hinterlegungsstelle nicht entsprechend bezeichnet bzw. angeordnet worden ist, ist nicht eine gerichtliche Hinterlegung nach Zivilprozessrecht.

Während die "gewöhnliche Hinterlegung" die Mitwirkung staatlicher Organe in sich schliesst, sieht das Obligationenrecht die Hinterlegung von Waren ohne richterliche Mitwirkung, d.h. die sogenannte "erleichterte" Hinterlegung vor (392). Sie erfolgt bei einem Lagerhaus, wobei das Gesetz dieses Lagerhaus nicht näher definiert.

Es können nur Waren bei einem Lagerhaus ohne richterliche Bewilligung hinterlegt werden. Unter Waren sind bewegliche Sachen zu verstehen, die Gegenstand des Handelsverkehrs sind (393). Geld kann in seltenen Fällen ebenfalls dazu gehören, nämlich dann, wenn besondere Geldstücke geschuldet werden, also eine Speziesschuld vorliegt.

Unter dem Begriff des Lagerhauses wird im Allgemeinen eine Anstalt verstanden, die gewerbsmässig im Sinne von Art. 472 ff. OR Waren zur Aufbewahrung entgegennimmt (394).

(392) Art. 92 Abs. 2 OR.

(393) Biedermann, S. 115.

(394) Oser/Schönenberger, N 2 zu Art. 92 OR.

Ein öffentliches Institut braucht es nicht zu sein. Jedemfalls aber soll auch mit der privaten Hinterlegung der Zweck, was die Sicherheit zur Erhaltung des Leistungsgegenstandes angeht, ebenso gewährleistet sein wie bei der durch den Richter angeordneten gerichtlichen Hinterlegung. Der Hinterleger haftet für sorgfältige Auswahl (395). Die private Hinterlegungsstelle ist nicht eine Person, deren sich der Schuldner bei der Erfüllung bedient, sondern sie hat die Stellung eines Substituten, da ihre Pflicht zur Herausgabe an die Stelle der eigenen Verbindlichkeit des Schuldners tritt (396).

IV. Die Hinterlegung von Warenscheinen.

Hinterlegt der Deponent direkt und ohne richterliche Bewilligung bei einem Dritten bzw. beim Lagerhaus, so wird der Empfang der Hinterlage durch die Ausstellung eines Depositenscheins bestätigt.

Der Depositenschein ist zwar nicht Träger von Forderungen, jedoch können ohne ihn die darin verbrieften Rechte, d.h. die Herausgabe der gelagerten Güter, nicht geltend gemacht werden (397). Die Warenscheine sind daher in diesem Sinn Wertpapiere und lauten auf Herausgabe der Hinterlage (398).

Für die Hinterlegung bei der Gerichtskasse eignen sich naturgemäss und von Gesetzes wegen nur Geld, Wertpapiere und andere bewegliche Sachen. Sofern aber bewegliche Sachen bei einem Dritten, z.B. eben in einem Lagerhaus unter-

(395) Becker, N 6 zu Art. 92-94 OR.

(396) Biedermann, S. 115, N 184.

(397) Portmann, S. 53.

(398) Art. 482 Abs. 2 OR.

gebracht werden, so bedarf es bei der gerichtlichen Hinterlegung immer der Deposition der ausgestellten Urkunde bei der Gerichtskasse, um dadurch auch dem Hinterleger die alleinige, eigenmächtige Verfügungsmöglichkeit zu entziehen (399).

Werden Wertpapiere weitergegeben oder verpfändet, so wird auch das Eigentum an der Ware übertragen oder verpfändet (400). Wenn daher der Einlagerer die Ware ins Lagerhaus bringt, so erfüllt er mit der Uebereignung des Lagerscheines an den Gläubiger, d.h. mit der Uebergabe des Scheines (401). Der Einlagerer wird jedoch die gerichtliche Hinterlegung des Lagerscheines der Aushändigung desselben an den Prozessgegner vorziehen, damit er sich bei einem unerhofften Prozessausgang in seinen Interessen nicht selbst schädigt.

Die gerichtliche Hinterlegung des Warenpapiers findet im Gesetz keinerlei Rückhalt (402). Vor allem ist die gerichtliche Hinterlegung des Warenscheines keine Rechtsbedingung für die Lösung des Schuldverhältnisses, sondern dient einzig der besseren Sicherstellung der Waren für den Gläubiger.

(399) vorn, S. 117.

(400) Art. 902, 925 ZGB.

(401) Art. 714, 922 ZGB.

(402) Biedermann, S. 116.

§ 11 Die Durchführung der Hinterlegung.

A. Allgemeines.

Bis anhin gehörten die Fragen im Zusammenhang mit der gerichtlichen Hinterlegung sowohl ins Gebiet des Prozessrechtes als auch zum materiellen Recht. Bei der Durchführung der gerichtlichen Hinterlegung handelt es sich nun vorwiegend um Prozessrecht.

Die gerichtliche Hinterlegung bleibt aber, trotz der Umbenennung im neuen Zürcher Zivilprozessrecht und trotz der Abschaffung des Begriffs des nichtstreitigen Verfahrens bloss zum Teil Verfahrensrecht; das reine Prozessrecht ist mit dem materiellen Recht weitgehend vermischt.

Bei der Durchführung der gerichtlichen Hinterlegung kommt in erster Linie kantonales Recht zur Anwendung (403). Allerdings werden den kantonalen Vorschriften in den Bestimmungen von Art. 36 OR bzw. Art. 168 OR und Art. 92 Abs. 2 OR vom Bundesrecht Schranken gesetzt. Für die in diesen Bestimmungen genannten Fälle der gerichtlichen Hinterlegung bedarf es der richterlichen Bewilligung und Anordnung von Bundesrechts wegen.

(403) vgl. vorn, S. 96 und hinten, 3. Kapitel, §12, S. 153 ff.

B. Die Einteilung in Vorverfahren und Hauptverfahren.

Der Rechtsgang bei der gerichtlichen Hinterlegung richtet sich nach der sachlichen Zuständigkeit des Gerichts (404): Ist der Prozess anhängig und wird die Hinterlegung als Sicherheit für gewisse prozessuale Vorkehrungen angeordnet, erfolgt die Hinterlegung im Hauptverfahren des ordentlichen Prozesses. Ist dagegen kein Verfahren pendent, sondern geschieht die gerichtliche Hinterlegung vor dem ordentlichen Prozess, kann im sogenannten Vorverfahren gerichtlich hinterlegt werden.

I. Die gerichtliche Hinterlegung als Vorverfahren.

1. Allgemeines zum Begriff des Vorverfahrens:

Nach den Prozessgesetzen der meisten Kantone findet vor dem ordentlichen Prozessverfahren ein Vorverfahren statt, in welchem dem Friedensrichter als Sühnbeamten im sogenannten Sühnverfahren der Rechtsstreit mündlich oder schriftlich vorgelegt wird (405). Aufgabe des Friedensrichters ist es dannzumal vor allem, die Parteien auszusöhnen bzw. diese von der Durchführung eines offensichtlich unbegründeten Prozess abzuhalten (406). Bei zweifelhafter Rechtslage hat der Friedensrichter allenfalls auf den Abschluss eines Vergleichs hinzuwirken.

(404.) Portmann, S. 62;
vgl. vorn, S. 92 und S. 95 ff.

(405) § 93 ff. ZPO.

(406) § 97 Abs. 1 ZPO.

2. Zur Prozesseinleitung nach dem Vorverfahren:

In den Fällen, da sich die Beilegung des Rechtsstreits als unmöglich erweist, dient das Sühnverfahren insofern als Vorbereitung des Prozesses, als der Friedensrichter darauf hinzuwirken hat, dass die Rechtsbegehren formuliert werden: Allenfalls ist er um die richtige Schätzung des Streitwertes besorgt.

Auf Verlangen des Klägers bzw. des Beklagten bei erhobener Widerklage stellt der Friedensrichter die Weisung aus (407), eine Urkunde, in welcher die erfolglose Durchführung des Sühnverfahrens bestätigt wird und die einen Ausweis dafür bildet, dass der Kläger zur Anrufung des erkennenden Gerichts berechtigt ist. Der Rechtsstreit wird alsdann im Einleitungsverfahren durch Einreichung der Weisung innert drei Monaten seit deren Ausstellung (408) beim zuständigen Gericht rechtshängig gemacht (409).

Ohne Sühnverfahren ist die Klage beim Gericht dann anhängig zu machen, wenn sie im beschleunigten Verfahren zu beurteilen ist oder innert einer Frist von weniger als 30 Tagen erhoben werden muss. In diesen Fällen ist das Sühnverfahren obligatorisch ausgeschlossen. Gilt im Prozess das schriftliche Verfahren, so wird die Klage auch ohne begleitende Klageschrift rechtshängig (410). Nach eingereichter Weisung ist vom Richter für die Einreichung der Klageschrift alsdann Frist anzusetzen (411). Umgekehrt wird die Klage nicht rechtshängig, wenn die Klageschrift nicht von einer Weisung begleitet ist, sofern der Prozess dem Sühnverfahren obligatorisch unterlag.

(407) § 98 Abs. 2 ZPO und § 100 ZPO.

(408) § 101 ZPO.

(409) § 102 ZPO.

(410) Walder, S. 388.

(411) § 130 ZPO.

3. Die Folgen der nicht durchgeführten Sühnverhandlung:

Ist dagegen das Sühnverfahren entgegen der Bestimmung von § 93 ZPO unterblieben und die Klage direkt beim Gericht eingereicht worden, so überweist dieses die Eingabe von Amtes wegen an den Friedensrichter (412). Die Klagefrist ist damit zwar gewahrt, die Klage aber noch nicht rechtshängig gemacht (413) und daher ohne entsprechende Wirkung (414). Ist nur eine Klagschrift eingereicht und die dafür ausgestellte Weisung vergessen worden, so ist die Klage ebenfalls nicht rechtshängig (415). Dem Kläger ist allenfalls wegen nicht gehöriger Einleitung des Prozesses Frist zur Einreichung der Weisung anzusetzen (416).

4. Die gerichtliche Hinterlegung als Vorverfahren:

Das Begehren um gerichtliche Hinterlegung kann von einem Rechtsuchenden gestellt werden, ohne dass er den Prozess in der dargestellten Art rechtshängig zu machen braucht. Im Fall, da noch kein Prozess anhängig gemacht ist, gleicht das Verfahren der gerichtlichen Hinterlegung vielmehr gerade dem Sühnverfahren und ist ähnlich wie dieses eine Art Vorverfahren. Dies unter verschiedenen Gesichtspunkten:

(412) § 194 GVG.

(413) ZR 68 Nr. 77;

ZR 70 Nr. 74;

Sträuli/Messmer, N 2 zu § 102 ZPO.

(414.) § 107 ZPO.

(415.) Sträuli/Messmer, N 1 zu § 102 ZPO.

(416) § 108 ZPO.

a) Der Zweck des Verfahrens:

Weder beim Sühnverfahren noch beim Verfahren der gerichtlichen Hinterlegung zwecks Sicherstellung oder als Erfüllungssurrogat steht die rechtskräftige Erledigung eines Rechtsstreites im Vordergrund.

Es ist nicht Sache des Einzelrichters im summarischen Verfahren, Fragen des materiellen Rechts, die im Streit um die Hinterlage im ordentlichen Verfahren zu entscheiden sind und nicht mit dem Bewilligungsverfahren im Zusammenhang stehen, zu überprüfen und materiell zu beurteilen (417).

b) Die summarische Ueberprüfung:

In seiner Tätigkeit als Vermittler erhebt der Friedensrichter im Rahmen des Sühnverfahrens keinerlei Beweise (418). Dementsprechend besteht für die Parteien im Sühnverfahren keine Vorlegungspflicht von Urkunden. Die entsprechende Vorschrift ist blosser Sollvorschrift und zieht allenfalls Kostenauflage mit sich (419). Erst im Beweisverfahren des ordentlichen Prozesses indessen hat die Verletzung der Vorlegungspflicht prozessuale Nachteile zur Folge.

(417) ZR 38 Nr. 151.

(418) § 96 Abs. 2 ZPO.

(419) Sträuli/Messmer, N 1 zu § 96 ZPO.

Für das Beweisverfahren bei der gerichtlichen Hinterlegung vor dem Einzelrichter im summarischen Verfahren besteht kein grundsätzlicher Unterschied. Die Einschränkung der Beweismittel (420) erlaubt nämlich dem Einzelrichter ebensowenig wie dem Friedensrichter, einen Prozess endgültig zu entscheiden, da ebenfalls nicht mit allen Angriffs- und Verteidigungsmitteln gestritten wird. Die Verschiedenheit ist also nicht grundsätzlicher, sondern höchstens gradueller Natur.

c) Die fehlende Gerichtsbarkeit:

Dem Friedensrichter steht im Sühnverfahren keine Gerichtsbarkeit zu (421). Es ist nicht seine Sache, ein Urteil zu fällen und damit einen Rechtsstreit rechtskräftig zu erledigen, ausgenommen die Prozesserledigungen durch Vergleich oder Rückzug.

In ähnlicher Weise übt auch der Einzelrichter im summarischen Verfahren der gerichtlichen Hinterlegung eine Tätigkeit aus, die dem Verwaltungsverfahren näher steht als dem kontradiktorischen Verfahren vor Gericht (422). Auch er entscheidet, ähnlich wie der Friedensrichter, nicht rechtskräftig über materialle Ansprüche einer Partei im Rechtsstreit.

(420) vgl. **vorn**, S. 103.

(421) Sträuli/Messmer, N 3 zu § 94 ZPO.

(422) vgl. **vorn**, S. 100 ff.

5. Die Unterschiede des Verfahrens der gerichtlichen Hinterlegung zum Sühnverfahren:

a) Die Klageeinleitung bzw. Anhängigmachung der Klage:

Das Einleitungsverfahren besteht darin, dass der Kläger (bzw. Beklagte bei erhobener Widerklage) sich darum bemüht, den vor Friedensrichter eingeleiteten Prozess rechtshängig werden zu lassen, sei es durch Einreichung bloss der Weisung, sei es durch gleichzeitige Einreichung einer Klageschrift, wo ein schriftliches Verfahren vorgesehen ist, sei es durch schriftliche oder mündliche Klageerhebung, wo ein Sühnverfahren nicht oder nur fakultativ vorgesehen ist und es der Kläger nicht beschrritten hat. Unterlag der Prozess dem Sühnverfahren, so wird die Klage nicht rechtshängig, wenn die Klageschrift nicht von einer Weisung begleitet ist.

Im Unterschied dazu wird im summarischen und damit auch im Verfahren der gerichtlichen Hinterlegung das Begehren bereits beim Einzelrichter rechtshängig gemacht (423). Das Verfahren vor dem Einzelrichter ist, obwohl eine Art Vorverfahren zum Rechtsstreit um die Hinterlage im ordentlichen Prozess, ein eigenständiges Verfahren, das mit der Anhängigmachung des Begehrens um gerichtliche Hinterlegung beginnt und mit dem Entscheid des Einzelrichters im summarischen Verfahren seinen Abschluss findet. Für das ordentliche Verfahren um die Berechtigung an der Hinterlage muss der Streit erneut rechtshängig gemacht werden.

b) Das Prozessthema:

Der Friedensrichter beurteilt, obwohl er in erster Linie auf eine Aussöhnung der Parteien bzw. den Abschluss eines

(423) § 205 ZPO.

Vergleichs hinarbeitet, den materiellen Rechtsstreit. Im Fall eines Prätendentenstreits z.B. in dem sich mehrere Gläubiger im Streit um die Berechtigung an einer Sache oder einem Geldbetrag gegenüberstehen, ist Prozessthema die Frage, wem rechtens der Gegenstand oder der Geldbetrag zustehe.

Im Unterschied dazu ist das "Prozessthema", d.h. der Gegenstand des Verfahrens der gerichtlichen Hinterlegung, anderer Art. Der Einzelrichter im summarischen Verfahren beurteilt einzig die verfahrensrechtliche Frage, ob die Voraussetzungen für die gerichtliche Hinterlegung gegeben seien. Ueber die materielle Berechtigung sich zu äussern, steht ihm dagegen nicht zu (424). Bei der Prüfung der Voraussetzungen der gerichtlichen Hinterlegung steht bloss zur Beurteilung, ob die dafür geltend gemachten Gründe hinreichend glaubhaft gemacht sind oder ein in der Zürcher Zivilprozessordnung geregelter Fall der Hinterlegung vorliege, sowie die genügende Klarheit des geltend gemachten Begehrens.

II. Das anschliessende Hauptverfahren vor dem ordentlichen Richter.

Das an das Verfahren der gerichtlichen Hinterlegung anschliessende Prozessverfahren um die Berechtigung an der Hinterlage ist ein "gewöhnlicher" Prozess im ordentlichen

(424) In ähnlicher Weise liegt es nicht in der Kompetenz des Einzelrichters im summarischen Verfahren, zum Beispiel bei Testamentseröffnung den ordentlichen Erbteilungsprozess durch Zuweisung von Losen vorweg zu nehmen. Dazu ist nur der ordentliche Richter zuständig.

Verfahren (425) mit Prozesseinleitung, Hauptverfahren (mündlich oder schriftlich), Beweisverfahren und Erledigung des Prozesses.

Ob dabei der Einzelrichter (426) oder das Kollegialgericht (427) in Zivilsachen sachlich zuständig ist und den Streit entscheidet, richtet sich nach dem Streitwert der Hinterlage.

Das Prozessthema des ordentlichen Prozesses ist, wie oben ausgeführt, die Berechtigung an der Hinterlage.

C. Die Glaubhaftmachung hinreichender Gründe nach
§ 220 ZPO.

I. Allgemeines.

Nach § 220 ZPO bewilligt der Einzelrichter die Hinterlegung von Geld, Wertpapieren und andern beweglichen Sachen, wenn hinreichende Gründe dafür glaubhaft gemacht werden.

Der Gesuchsteller hat seine Berechtigung zur Hinterlegung nicht zu beweisen, sondern lediglich glaubhaft zu machen. Dies steht im Gegensatz zum Verfahren vor dem ordentlichen Richter, in welchem jede Partei ihre Behauptung zu beweisen hat.

(425) § 93 ff. ZPO.

(426) § 21 GVG.

(427) § 31 GVG.

II. Definition.

1. Nach Guldener (428) braucht bei der Glaubhaftmachung nicht die volle Ueberzeugung des Gerichts begründet zu werden, sondern es genügt schon, wenn für das Vorhandensein der in Frage kommenden Tatsache eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht, auch wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte.

2. Die Ausführung von Homberger (429) über die Glaubhaftmachung der Berechtigung zu einem vorläufigen Eintrag im Grundbuch gelten ebenso und uneingeschränkt für die Glaubhaftmachung im Allgemeinen, also auch im Verfahren der gerichtlichen Hinterlegung. Sowohl die Bewilligung der vorläufigen Eintragung im Grundbuch als auch diejenige der gerichtlichen Hinterlegung von Geld, Wertpapieren und anderen beweglichen Sachen ist an das "nicht allzu strenge Kriterium" der Glaubhaftmachung gebunden (430).

"Glaubhaftmachung ist der Nachweis der Wahrscheinlichkeit für den Bestand des behaupteten Rechts und dafür, dass es gegenüber dem Beklagten geltend gemacht werden kann" (431). Die Kantone sind nicht befugt, einen vollständigen Beweis im Sinne von Art. 973 ZGB anstelle der Glaubhaftmachung vorzuschreiben.

(428) Guldener, S. 322, Anmerkung 27 und 28.

(429) Homberger, Kommentar Sachenrecht zu Art. 961 ZGB.

(430) N 30 zu Art. 961 ZGB.

(431) N 31 zu Art. 961 ZGB.

D. Der Rechtsgang.

Der Rechtsgang des Verfahrens der gerichtlichen Hinterlegung gliedert sich in drei Stufen: Das Begehren, die Vernehmlassung und der Entscheid des Einzelrichters.

I. Das Begehren.

1. Das Gesuch:

Nach dem Grundsatz der Verhandlungsmaxime ist es Sache der Parteien, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreites darzulegen (432). Die um gerichtliche Hinterlegung ersuchende Partei hat zu diesem Zweck (433) das Streitverhältnis darzustellen und das Gesuch zu begründen (434). Das Gesuch um gerichtliche Hinterlegung hat einen Antrag zu enthalten, aus dem klar hervorgeht, was hinterlegt zu werden anbegehrt wird und allenfalls für wie lange bzw. nach welchen Modalitäten (435). Ferner ist der Streitbetrag zu beziffern (436).

2. Die Form des Gesuchs:

Das Gesuch kann mündlich oder schriftlich gestellt werden (437).

(432) § 54 Abs. 1 ZPO.

(433) § 113 ZPO i.Vrb. mit § 204 ZPO.

(434) § 205 ZPO.

(435) z.B. in welcher Form bei der Hinterlegung von Monatsraten im Fall der Lohnpfändung.

(436) §61 Abs. 2 in analoger Verbindung mit § 100 Ziff. 5

(437) § 205 ZPO.

ZPO.

In der Regel ist in nicht sehr dringenden Fällen Schriftlichkeit zu empfehlen. Der Einzelrichter bzw. dessen Kanzlei benötigt nämlich bei der Anlegung des Geschäfts ein schriftliches Gesuch. Eine Kopie desselben wird der Gegenpartei bzw. den Gegenparteien mitsamt der Vernehmlassungsverfügung zur Stellungnahme zugestellt. Dem Gesuch sind allenfalls "Beweisunterlagen", welche den Anspruch auf Hinterlegung glaubhaft machen, beizulegen.

Bei besonderer Dringlichkeit wird auf entsprechenden Antrag des Gesuchstellers die Hinterlegung sofort und ohne schriftliches Begehren "superprovisorisch" bewilligt, wenn glaubhaft gemacht wird, dass einer Partei ein nicht wiedergutzumachender Nachteil, insbesondere durch Veränderung des bestehenden Zustandes, drohe (438). Zum Beispiel kann der Mieter mit der mitgebrachten Vorladung des Audienzrichters beweisen, dass, wenn er nicht sofort den streitigen Mietzins hinterlegt, gleichentags oder in den nächsten Tagen die Ausweisung aus seiner Wohnung droht.

II. Das Vernehmlassungsverfahren.

1. Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs:

Ist das Gesuch um gerichtliche Hinterlegung beim Einzelrichter im summarischen Verfahren eingegangen und steht dem Eintreten auf das Begehren nach Prüfung von Vollständigkeit und Zuständigkeit nichts entgegen, so wird der Gegenpartei Gelegenheit gegeben, sich zum Begehren zu äussern. Obwohl es sich beim Verfahren der gerichtlichen

(438) § 110 Abs. 2 ZPO, i.Vrb. mit § 204 ZPO.

Hinterlegung um ein Vorverfahren und um ein summarisches Verfahren handelt, ist den daran Beteiligten das rechtliche Gehör in jedem Fall zu gewähren (439). Dies geschieht durch einzelrichterliche Verfügung unter Beilage einer Kopie des Hinterlegungsgesuchs und mit Fristansetzung von zehn Tagen zur schriftlichen Beantwortung (440) bzw. Einsprache (441), unter gleichzeitiger Androhung, dass im Säumnisfall die Hinterlegung definitiv bewilligt würde.

2. Der Inhalt der Vernehmlassung:

Der bzw. die Gesuchsgegner haben sich in ihrer Vernehmlassung bloss über die Frage der erfüllten Voraussetzungen zur gerichtlichen Hinterlegung zu äussern, nicht aber auch über die Berechtigung an der Hinterlage an sich. Es sind dem Einzelrichter im summarischen Verfahren bloss die Grundlagen für den Entscheid bereitzustellen, ob die Gründe für eine gerichtliche Hinterlegung hinreichend glaubhaft gemacht sind. Zur Frage, welche der Parteien an der Hinterlage berechtigt sei, hat der Einzelrichter nicht Stellung zu nehmen.

(439) ZR 54 Nr. 25;
SJZ 69, S. 62 Nr. 42 (SO).

(440) § 206 ZPO.

(441) § 110 Abs. 2 ZPO i. Verb. mit § 204 ZPO.

3. Die Folgen der Vernehmlassung:

Es ist denkbar, dass die gerichtliche Hinterlegung von der bzw. den zur Vernehmlassung aufgeforderten Partei(en) ohne Präjudiz für das nachfolgende ordentliche Verfahren um die Berechtigung an der Hinterlage anerkannt wird.

Andererseits ist es möglich, dass der Einzelrichter aufgrund der Vernehmlassung zur Ueberzeugung gelangt, die Gründe für die gerichtliche Hinterlegung seien vom Gesuchsteller nicht hinreichend glaubhaft gemacht.

Schliesslich ergibt sich die dritte Möglichkeit, dass der Einzelrichter auch nach Eingang der Vernehmlassung die gerichtliche Hinterlegung bewilligt, weil die Voraussetzungen dazu gegeben sind.

In jedem Fall erlässt der Einzelrichter im summarischen Verfahren einen Entscheid, sei es, dass er die gerichtliche Hinterlegung bewilligt, sei es, dass er sie in Abweisung des Begehrens verweigert.

III. Der Entscheid des Einzelrichters im summarischen Verfahren.

1. Der Entscheid als Verfügung:

Im summarischen Verfahren ergehen die Erkenntnisse des Einzelrichters in Form einer Verfügung, ob nun ein Urteil in der Sache selbst gefällt oder bloss ein formeller Entscheid getroffen wird (442). Im Gegensatz dazu erfolgt im ordentlichen Verfahren der Endentscheid in der Sache selbst durch Urteil, alle andern Erledigungen des Prozesses (Nichteintreten, Rückzug, Vergleich, Gegenstandslosigkeit) durch Beschluss oder Verfügung (443).

(442) § 155 Abs. 1 GVG.

(443) § 188 Abs. 2 ZPO.

Die Verfügung des Einzelrichters lautet entweder auf Gutheissung des Begehrens oder auf Ablehnung. Sodann ist auch teilweise Gutheissung möglich.

2. Die superprovisorische und die provisorische Bewilligung:

a) Die superprovisorische Bewilligung (Depotbewilligung):

Ist das Hinterlegungsbegehren mündlich oder schriftlich in besonderer Dringlichkeit gestellt worden, und macht der Geschuchsteller glaubhaft geltend, es drohe ihm bei sofortiger Ablehnung des Hinterlegungsbegehrens ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil, insbesondere durch Veränderung eines bestehenden Zustandes, so kann der Einzelrichter unverzüglich, notfalls auch ohne Vorliegen eines schriftlichen Gesuchs, mittels einer vorläufigen Anordnung im Sinne einer einstweiligen Verfügung die superprovisorische Bewilligung zur gerichtlichen Hinterlegung erteilen (444). Nach summarischer Prüfung der Dringlichkeit des Falles, der Zuständigkeit des Richters und der Vollständigkeit des Gesuches verfügt der Einzelrichter die superprovisorische Hinterlegungsbevolligung bzw. unterzeichnet der zuständige Gerichtsschreiber oder Gerichtsssekretär die sogenannte Depotbewilligung, mit welcher der Geschuchsteller das Hinterlegungsobjekt bei der entsprechenden Hinterlegungsstelle vorläufig deponieren kann.

Nach Eingang des nachgeholten schriftlichen Gesuchs wird das Hinterlegungsgesuch vom Einzelrichter neu überprüft. Als Ergebnis dieser Prüfung wird die superprovisorische Bewilligung entweder unter Aufforderung zur Vernehmlassung

(444) § 110 Abs. 2 ZPO i.Vrb. mit § 204 ZPO;
als Beispiel siehe dazu vorn, S. 137 (Hinterlegung des Mietzinses).

an die Gegenpartei in eine provisorische Bewilligung übergeführt oder gänzlich aufgehoben. Bei Ueberführung der superprovisorischen in eine provisorische Hinterlegung läuft das Verfahren gewöhnlich weiter. Nach Eingang der Vernehmlassung erfolgt die definitive Bewilligung oder die Abweisung des Begehrens, im letzten Fall mit anschliessender Rückgabe der Hinterlage an den Gesuchsteller.

b) Die provisorische Bewilligung:

Wird das Begehren um gerichtliche Hinterlegung ohne besondere Dringlichkeit gestellt, so bewilligt der Einzelrichter die Hinterlegung noch vor Erlass der Vernehmlassungsverfügung bei gegebenen Voraussetzungen. Dieser Entscheid ist allerdings bloss provisorisch bis zum Eingang der Vernehmlassung. In diesem Sinn ist auch diese Bewilligung eine vorläufige Anordnung wie die superprovisorische Hinterlegungsbewilligung; während jedoch die superprovisorische Bewilligung unter der einzigen Voraussetzung erfolgt, dass in der Folge ein schriftlich begründetes Gesuch beim Einzelrichter einzugehen hat, ist die provisorische Bewilligung bereits mit einer Fristansetzung zur Vernehmlassung an die beteiligten Parteien verbunden. Die hier verwendeten Begriffe der superprovisorischen und provisorischen Bewilligung decken sich nicht mit der von Walder, S. 334, verwendeten Terminologie.

3. Die Begründung des Entscheides:

Der Entscheid über die definitive Gutheissung oder Ablehnung des Hinterlegungsbegehrens ist zu begründen.

Neben der gedrängten Darstellung der Streitverhältnisse (Prozessgeschichte) und der Angabe des Streitwertes hat die Begründung die Entscheidungsgründe unter Hinweis auf das angewendete Recht sowie die Begründung der Kosten- und Entschädigungsfolgen in den von der gesetzlichen Regelung abweichenden Fällen zu enthalten (445).

4. Die Fristansetzung zur Einreichung der Klage im ordentlichen Verfahren:

a) Der Einzelrichter im summarischen Verfahren erlässt nach Bewilligung der gerichtlichen Hinterlegung die für die Herausgabe der Hinterlage erforderliche Verfügung (446). Verfügt er nicht schon vor der definitiven Bewilligung der Hinterlegung die Ablehnung des Begehrens und gleichzeitig die Rückgabe der Hinterlage an den Geschuchsteller, besteht die Anordnung in der Fristansetzung an eine der um die Hinterlage streitenden Partei zur Einreichung der Klage beim ordentlichen Richter. Die Klage richtet sich auf Herausgabe der Hinterlage.

b) Die Verteilung der Parteirollen hängt von der materiellrechtlichen Situation ab (447).

Ausgehend von der Tatsache, dass die Beklagtenrolle im Prozess im Allgemeinen gegenüber der Klägerrolle die stärkere prozessuale Stellung verschafft, wird nach der ständigen Praxis der Zürcher Rechtsprechung im Rahmen der für die Herausgabe erforderlichen Verfügung dem nach erstem Anschein (prima facie) an der Hinterlage Minderberechtigten die Frist zur Klage auf Herausgabe der Hinterlage angesetzt. Diese Praxis stützt sich auf § 396 aZPO ab, gemäss welcher Bestimmung der Einzelrichter bei der periodischen Durchsicht des Hinterlagenverzeichnisses den Beteiligten Frist zur Herausgabe der Hinterlage ansetzen

(446) § 220 Abs. 2 ZPO;

Ausgenommen ist der Fall von Art. 92 Abs. 1 OR (Gläubigerverzug) und deren Anwendungsfälle (zum Beispiel Art. 444 Abs. 1 OR), da sich hier der Schuldner durch die Hinterlegung von seiner Leistungspflicht befreit.

(447) Sträuli/Messmer, N 6 a.E. zu § 220 ZPO.

konnte (448). Dabei hat aber kein Beweisverfahren stattzufinden, vielmehr muss aufgrund der Aktenlage der dem ersten Anschein nach Minderberechtigte bestimmt werden.

Im Einzelnen konkretisiert sich dieser Grundsatz zur Fristansetzung wie folgt:

- Prätendentenstreit/Gläubigerungewissheit:

In früheren Urteilen des Obergerichts des Kantons Zürich wurde auf verschiedene Kriterien zur Fristansetzung abgestellt, die nicht zum vorneherein und auf den ersten Blick verständlich waren. Nach ZR 39 Nr. 122 war "die Klägerrolle nach ständiger Rechtsprechung derjenigen Partei zuzuweisen, die als Ansprecher (Gläubiger) in den Vordergrund tritt." Nach ZR 54 Nr. 27 "setzt der Hinterlegungsrichter dem angeblichen Gläubiger der Forderung eine Frist zur Klageerhebung auf Herausgabe des Depositums an." Kann nicht zum vorneherein gesagt werden, auf welcher Seite das bessere Recht steht und wie von diesem Gesichtspunkt aus die Parteirollen zu verteilen sind, "rechtfertigt es sich, ihr (der Rekursgegnerin) als dem initiativen Ansprecher die Klägerrolle zuzuweisen." Und ZR 50 Nr. 82 stellt gar bloss fest, "dass der Richter, wenn mehrere die Hinterlage beanspruchen, einem der Ansprecher Frist zur Einleitung einer Klage über die Berechtigung daran ansetzt, wobei der andere oder die andern Ansprecher in die Rolle der Beklagten kommen." Dieser einzige Ansprecher, dem Frist zur Einreichung einer Klage angesetzt wird, ist nach neuerer konstanter Praxis immer der prima facie Minderberechtigte (449).

(448) Heute § 16 der Verordnung des Obergerichts über die Verwaltung von Depositen, Kautionen und Effekten vom 23. November 1960.

(449) Für viele: Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 13. Oktober 1976, i.S. R. ca. 1. SKA, 2. H. betreffend Hinterlegung.

Die feststehende Formel im Entscheid des Einzelrichters im summarischen Verfahren lautet: "Bewilligt der Einzelrichter die Hinterlegung, so setzt er gestützt auf § 220 Abs. 2 ZPO, wonach die für die Herausgabe erforderlichen Verfügungen zu treffen sind, dem prima facie minderberechtigten Prätendenten (oder: dem dem ersten Anschein nach minderberechtigten Ansprecher) Frist zur Klage auf Herausgabe der Hinterlegung an."

- Mietzinshinterlegung:

Bewilligt der Einzelrichter eine Mietzinshinterlegung, so setzt er ebenfalls dem nach dem ersten Anschein Minderberechtigten Frist zur Klage auf Herausgabe der Hinterlage an. Dabei geht er regelmässig davon aus, dass der im Mietvertrag vereinbarte Zins zu bezahlen sei und betrachtet deshalb gewöhnlich den Mieter als den Minderberechtigten, falls nicht dringende Gründe dagegen sprechen. Die Klägerrolle wird daher in der Regel bei Mietzinshinterlegungen dem Mieter zugeteilt.

- Hinterlegung zwecks Anwendung der Retention:

In ZR 47 Nr. 70 verkaufte W. dem L. ein Walzwerk, machte aber die Auslieferung von der Bezahlung eines weiteren Betrages für von L. bestellten Abänderungen abhängig. Nachdem L. den von ihm nicht anerkannten Mehrbetrag gerichtlich hinterlegt hatte, befahl der Einzelrichter dem W. die Herausgabe der Maschine und setzte dem L. Frist an, um seinen Anspruch auf das Depositum einzuklagen unter der Androhung, dass dieses sonst dem W. herausgegeben würde. Der Kläger L. machte geltend, es sei Regel und entspreche der Lage des vorliegenden Prozesses, dass derjenige auf Herausgabe eines streitigen Betrages zu klagen habe, der den Betrag fordere und den Bestand der Forderung zu beweisen habe. Für den Streit um ein Retentionsrecht hingegen stellte das Obergericht klar, dass das Retentionsrecht dem Beklagten die stärkere Stellung im Prozess verschaffe: "Der Beklagte kann abwarten, ob er vom Gegner belangt werde und braucht nur selbst zu klagen, wenn er die Forderung feststellen lassen will. Der Kläger muss den streitigen Betrag entweder zahlen oder hinterlegen, um

die Sache freizubekommen, und deshalb ist es auch an ihm, zu klagen, um das an die Stelle der Sache getretene Depositem freizubekommen." Diese Ausgangslage könne durch die gerichtliche Hinterlegung nicht ins Gegenteil verkehrt werden.

c) Die Fristansetzung an die prima facie minderberechtigte Partei erfolgt unter der Androhung, dass die Hinterlage an den Gesuchsteller ohne weiteres zurückgegeben würde, wenn die Klageeinreichung nicht innert Frist erfolgen würde. Der Einzelrichter stellt nach versäumter Klageeinreichung deshalb die Hinterlage wieder dem Gesuchsteller zu, weil er zu einem materiellen Entscheid über die Berechtigung an der Hinterlage nicht befugt ist (450).

d) Die Frist beträgt in der Regel nicht mehr als dreissig Tage. Je nach der Dauer der angesetzten Frist entfällt das Sühnverfahren (451):

Beträgt die vom Einzelrichter im summarischen Verfahren angesetzte Frist weniger als dreissig Tage, ist die Klage auf Herausgabe der Hinterlage direkt ohne Sühnverfahren schriftlich beim Gericht anhängig zu machen (452). Es genügt die Einreichung der angefochtenen Verfügung zusammen mit einem formulierten Klagebegehren (453). Ein Sühnverfahren erübrigt sich mit Rücksicht auf das vorangegangene Verfahren (454). Wird indessen vor Ablauf der angesetzten Frist zur Klageeinreichung seitens der verpflichteten Partei ein Fristerstreckungsgesuch gestellt, welches die Frist über dreissig Tage hinaus verlängert, gelten die nachstehenden Regeln über die Einleitung der Klage.

(450) ZR 38 Nr. 151.

(451) Sträuli/Messmer, N 4 zu § 104 ZPO.

(452) § 104 ZPO.

(453) § 106 ZPO und § 113 ZPO.

(454) Sträuli/Messmer, N 4 zu § 105 ZPO.

Beträgt die vom Einzelrichter im summarischen Verfahren angesetzte Frist mehr als dreissig Tage, hat die zur Klageeinreichung verpflichtete Partei indessen vor Einreichung der Klage das Sühnverfahren vor dem Friedensrichter anzubeglehen. Die Klageanhebung gliedert sich nämlich in zwei Stufen:

Anrufung des Friedensrichters und Einreichung der Klage beim Gericht (455). Somit ist die vom Einzelrichter angesetzte Frist im zweistufigen Einleitungsverfahren erst dann gewahrt, wenn ein Sühnverfahren durchgeführt und die Weisung eingereicht worden ist (456).

In der Praxis wird die Frist zur Anhängigmachung der Klage auf Herausgabe des Depositums in der Regel auf weniger als dreissig Tage angesetzt, um den Parteien ein Sühnverfahren zu erlassen. Allerdings wird durch die häufig gestellten Fristerstreckungsgesuche die Sühnverhandlung infolge Ueberschreitung der dreissigtägigen Frist oftmals doch noch notwendig. Ob diese Praxis, die sich streng an den Bestimmungen der Zivilprozessordnung orientiert, allerdings dem Grundsatz der Prozessökonomie genügend Rechnung trägt, ist fraglich (457).

e) Fristerstreckungsgesuche werden vom Einzelrichter nur aus zureichenden Gründen bewilligt (458). Als zureichende Gründe gelten in der Praxis Krankheit, Ortsabwesenheit, Militärdienst, bevorstehende Vergleichsverhandlungen etc. Fristerstreckungen werden vom Einzelrichter verfügt und können nach seinem Ermessen letztmalig erstreckt werden.

(455) Sträuli/Messmer, N 2 zu § 101 ZPO.

(456) Sträuli/Messmer, N 5 zu § 105 ZPO.

(457) vgl. dazu Hauser/Hauser, S. 736, N 3 VI zu § 215 GVG.

(458) § 195 GVG; vgl. dazu Hauser/Hauser, N III zu § 215 GVG.

5. Die Mitteilung des Entscheides:

Da das ganze Verfahren grundsätzlich schriftlich geführt wird, erfolgt die Mitteilung des Entscheids ebenfalls schriftlich und ohne vorgängige mündliche Eröffnung (459). Neben den am Rechtsstreit um die Hinterlage Beteiligten wird der Entscheid unter Umständen auch Dritten daran Interessierten mitgeteilt (460).

6. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen:

Die Kosten- und Entschädigungsfolgen richten sich generell nach der gesetzlichen Regelung (461). Die Gebühren bewegen sich je nach Einzelfall in der Höhe von Fr. 30 bis Fr. 80, in komplizierten Fällen bis gegen Fr. 250. Die Kosten werden in der Regel unter Vorbehalt eines abweichenden Entscheides im ordentlichen Verfahren dem Gesuchsteller auferlegt. Die Zusprechung einer Entschädigung wird dem ordentlichen Richter überlassen. Für den Fall, da die zur Geltendmachung der Klage beim ordentlichen Richter oder beim zuständigen Friedensrichter verpflichtete Partei die angesetzte Frist ungenutzt verstreichen lassen sollte, wird sie zur Leistung einer Entschädigung an die Gegenpartei verpflichtet. Bei Geldhinterlagen werden die Hinterlegungskosten in der Praxis von der Hinterlage abgezogen.

(459) § 184 Abs. 1 Satz 2 GVG und § 157 lit. c) Ziff.11 GVG.

(460) z.B. bei Lohnzessionen dem Betreibungsamt.

(461) § 64 Abs. 2 ZPO, § 201-203 GVG, Gebührenverordnung vom 30. Juni 1976 (OS 46, 347).

7. Die Rechtsmittel:

Als Rechtsmittel ist der Rekurs gegen die Erledigungsverfügung zulässig, wenn der Streitwert Fr. 3'000 übersteigt oder unbestimmbar ist (462). Für Streitbeträge bis Fr. 3'000 dagegen ist die Nichtigkeitsbeschwerde gegeben (463), ebenso unter bestimmten Voraussetzungen für Zwischenentscheide (464), wie z.B. die verfügte Fristansetzung zur Vernehmlassung.

8. Die Rechtskraft des Entscheides:

Hinsichtlich der Rechtskraft stehen die Entscheide im summarischen Verfahren denjenigen im ordentlichen Verfahren grundsätzlich gleich (465). Indessen ist im Fall der gerichtlichen Hinterlegung, weil das Begehren lediglich glaubhaft zu machen ist, der ordentliche Richter, welcher über die Berechtigung an der Hinterlage zu entscheiden hat, an den Entscheid im summarischen Verfahren bezüglich der Bezeichnung der minderberechtigten Partei nicht gebunden (466). Die Entscheidung des ordentlichen Richters kann also ohne weiteres demjenigen des summarischen Verfahrens entgegenstehen. Dies deshalb, weil der ordentliche Richter infolge der vollständigen Ausschöpfung der Beweismittel besser im Stande ist, die tatsächlichen Verhältnisse rechtlich einwandfrei zu subsumieren.

(462) § 272 ZPO.

(463) § 281 ff. ZPO.

(464) Sträuli/Messmer, N 12 vor § 204 ZPO und § 282 ZPO.

(465) § 212 Abs. 1 ZPO.

(466) § 212 Abs. 2 ZPO;
Sträuli/Messmer, N 10 zu § 220 ZPO.

9. Ist der Entscheid prozessleitend oder prozesserledigend?

a) Prozessleitende Entscheidungen sind solche, die nicht den Prozess zum Abschluss bringen, sondern während der Dauer desselben ergehen und seinen Abschluss fördern (467).

Prozessleitende Entscheidungen erwachsen nicht in materielle Rechtskraft. Die formelle Rechtskraft tritt nur insofern ein, als auf verspätete Rechtsmittel nicht mehr eingetreten wird. Wiedererwägung seitens des Gerichts ist zwar jederzeit möglich, doch besteht kein Anspruch der Parteien darauf (468).

b) Prozesserledigende Entscheidungen, d.h. Sachurteile und Prozessurteile, beenden einen Prozess. Sie erwachsen, mit Ausnahme des Klagerückzuges vor Friedensrichter, d.h. vor Eintritt der Rechtshängigkeit, in formelle und materielle Rechtskraft.

c) Die Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren der gerichtlichen Hinterlegung ist ein prozesserledigender Entscheid.

Das Begehren um gerichtliche Hinterlegung wird beim Einzelrichter im summarischen Verfahren rechtshängig gemacht (469). Der Einzelrichter behandelt als Prozess-thema einzig die Frage, ob die Voraussetzungen zur gerichtlichen Hinterlegung, nämlich die glaubhaft gemachten Gründe, hinreichend gegeben seien. Ueber die Berech-

(467) Beispiele: Verwerfung der Unzuständigkeitseinrede, Auferlegung einer Prozesskaution, Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung.

(468) Walder, S. 288.

(469) § 205 ZPO.

tigung an der Hinterlage hat einzig der Richter im ordentlichen Verfahren zu entscheiden. Zu diesem Zweck ist von der durch den Einzelrichter bestimmten, dem ersten Anschein nach an der Hinterlage minderberechtigten Partei die Klage auf Herausgabe der Hinterlage wiederum neu rechtshängig zu machen, sei es direkt beim ordentlichen Richter (470), sei es nach erfolgter Sühnverhandlung durch Einreichung der Weisung (471).

Mit der Verfügung des Einzelrichters, welche entweder das Begehren um gerichtliche Hinterlegung gutheisst oder abweist, ist das Verfahren der gerichtlichen Hinterlegung abgeschlossen. Der Entscheid ist rekursfähig (472): er erwächst aber bloss unter Vorbehalt in Rechtskraft (473). Er ist daher für dieses Verfahren prozesserledigend.

E. Die Herausgabe der Hinterlage.

Die Herausgabe der Hinterlage kann in verschiedenen Stadien des Verfahrens erfolgen (474):

(470) Im Fall, da die Frist zur Klageeinreichung weniger als dreissig Tage beträgt.

(471) Bei einer Frist von mehr als dreissig Tagen.

(472) vgl. oben S. 148.

(473) vgl. oben S. 148.

(474) Ueber den Anspruch auf Herausgabe vgl. unten, 4. Kapitel, S. 243 ff.

I. Während des Verfahrens.

1. Nach Erlass einer superprovisorischen bzw. provisorischen Bewilligung:

Der Einzelrichter verfügt die Rückgabe der Hinterlage, wenn sich nach Erlass einer dringenden Bewilligung und später genauen Ueberprüfung des Hinterlegungsanspruchs ergibt, dass die Voraussetzungen für die gerichtliche Hinterlegung nicht vorliegen (475). Die Hinterlage wird dem Gesuchsteller zurückgegeben.

2. Bei Versäumnis der angesetzten Klagefrist:

Die Herausgabe der Hinterlage wird sodann angeordnet bzw. kann ohne weiteres von der dazu berechtigten Partei verlangt werden, wenn die aufgrund des ersten Anscheines minderberechtigte Partei die Frist zur Klage beim ordentlichen Richter ungenutzt verstreichen lässt. Auch in diesem Fall erfolgt die Herausgabe der Hinterlage an den Gesuchsteller (476).

II. Nach Abschluss des Verfahrens.

1. Durch den ordentlichen Richter:

Nach Abschluss des Verfahrens der gerichtlichen Hinterlegung erfolgt die Herausgabe der Hinterlage nicht mehr

(475) ZR 54 Nr. 27.

(476) ZR 42 Nr. 7.

durch den Einzelrichter im summarischen Verfahren, sondern nur noch einzig und allein durch den ordentlichen Richter. Dieser ordnet im Urteil, welches sich über die Berechtigung an der Hinterlage ausspricht, gleichzeitig die Herausgabe an die obsiegende Partei an (477). Die berechtigte Partei kann ohne weiteres mit dem Urteil direkt und ohne zusätzliche Bewilligung des Einzelrichters im summarischen Verfahren bei der entsprechenden Hinterlegungsstelle die Herausgabe der Hinterlage fordern.

2. Bei der periodischen Durchsicht des Depositenverzeichnisses:

Sodann kann die Herausgabe der Hinterlage dann erfolgen, wenn der Einzelrichter bzw. dessen Kanzlei anlässlich der alljährlichen Durchsicht (478) des Depositenverzeichnisses die Bereinigung offener Einträge veranlasst.

III. Bei Rückzug des Hinterlegungsbegehrens.

Schliesslich kann der Gesuchsteller als Hinterleger sowohl im Verfahren der gerichtlichen Hinterlegung als auch später im ordentlichen Prozess jederzeit durch Rückzug des Begehrens bzw. der Klage die Herausgabe der Hinterlage an den Hinterleger bzw. die vergleichsweise vereinbarte Partei bewirken.

(477) ZR 54 Nr. 35;
SJZ 60, S. 269, Nr. 178 (AG).

(478) § 16 der Verordnung des Obergerichts des Kantons Zürich über die Verwaltung von Depositen, Kautionen und Effekten vom 23. November 1960.

3. KAPITEL: DIE RECHTLICHE NATUR DES VERFAHRENS.

§ 12 Einleitung.

Die Voraussetzungen für die gerichtliche Hinterlegung (479) sowie deren Wirkung (480) sind nicht rein verfahrensrechtlicher Natur, sondern meistens eng verknüpft mit dem materiellen Recht. Die Fragen in diesem Zusammenhang sind sowohl von formellem Prozessrecht als auch von materiellem Privatrecht durchmischt (481).

Demgegenüber liegen die in diesem Kapitel zu behandelnden Fragen der rechtlichen Natur des Verfahrens und der Durchführung der gerichtlichen Hinterlegung (482) vorwiegend im Gebiet des Prozessrechts. Sie sind als solche losgelöst von den Modalitäten der Erfüllung und damit des materiellen Rechts (483). Materiellrechtliche Fragen spielen hier grundsätzlich nicht mit hinein. Immerhin aber sind die Prozessvorschriften Teil des kantonalen Verfahrensrechts und stehen dadurch in mancher Hinsicht zum Bundesprivatrecht in wechselseitiger Beziehung (484).

Neben dieser summarischen Einteilung stellt sich anderseits die Frage, ob das Verfahren der gerichtlichen Hinterlegung, obwohl formell Bestandteil des kantonalen Zivilprozessrechts, in ihrer eigentlichen Rechtsnatur überhaupt Prozessrecht sei oder ob die einzelrichterliche

(479) Erstes Kapitel, vorn, S. 1 ff.

(480) Viertes Kapitel, hinten, S. 207 ff.

(481) Zum Beispiel bei der Mietzinshinterlegung, vorn, S. 80 ff. oder der Hinterlegung zur Abwendung der Retention, vorn S. 144.

(482) vgl. vorn, S. 126 ff. und das vorliegende Kapitel.

(483) Biedermann, S. 119.

(484) hinten, S. 161 ff.

Tätigkeit nicht bereits in den Bereich des Verwaltungsverfahrens gehöre (485). Die gerichtliche Hinterlegung hat einige Gemeinsamkeiten mit der freiwilligen Gerichtsbarkeit und war in der alten Zivilprozessordnung dieser zugeordnet (486). Dies ist ein erstes Indiz für die eher verwaltungsähnliche Tätigkeit des Einzelrichters im summarischen Verfahren. Nach Guldener (487) allerdings sind zum Zivilprozessrecht auch Normen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (und der Zwangsvollstreckung) zuzuordnen, mögen sie einem Gericht oder einer Verwaltungsbehörde übertragen sein.

Die Aufgabe des vorliegenden Kapitels ist es, zunächst eine Antwort auf die Frage nach dem rechtlichen Charakter des Verfahrens der gerichtlichen Hinterlegung zu geben und sodann der Frage nachzugehen, inwiefern die gerichtliche Hinterlegung prozessrechtlicher Natur sei bzw. sich blosser Verwaltungstätigkeit annähere.

Hierzu ist die gerichtliche Hinterlegung unter verschiedenen Aspekten zu untersuchen: Unter dem Gesichtspunkt des Verhältnisses von Bundesprivatrecht zu kantonalem Zivilprozessrecht (488), in der Abgrenzung von öffentlichem Recht zu Privatrecht (489) sowie als einzelrichterliches (490) und summarisches (491) Verfahren. Abschliessend sind auf diesen Grundlagen Folgerungen zu ziehen, und es ist die Frage nach der Rechtsnatur der einzelrichterlichen Tätigkeit zu beantworten (492).

(485) vorn, S. 100/Ziff. 3.

(486) vorn, S. 98 /Ziff. 2.

(487) Guldener, S. 51.

(488) hinten, S. 155 ff.

(489) hinten, S. 175 ff.

(490) hinten, S. 190 ff.

(491) hinten, S. 195 ff.

(492) hinten, S. 201 ff.

§ 13 Die gerichtliche Hinterlegung und der Unterschied zwischen materiellem Bundesprivatrecht und kantonalem Verfahrensrecht.

A. Allgemeines.

Die rechtliche Natur des Verfahrens der gerichtlichen Hinterlegung ist zunächst im Lichte des Verhältnisses zwischen Bundesprivatrecht und kantonalem Verfahrensrecht zu untersuchen; dieses Verhältnis lässt sich übrigens auf den in der Einleitung erwähnten Unterschied zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht allgemein übertragen (493).

Im vorliegenden Paragraph ist zunächst das Herrschaftsgebiet des Bundesprivatrechts vom kantonalen Verfahrensrecht abzugrenzen. Sodann ist das Verhältnis des Bundesprivatrechts zum kantonalen Zivilprozessrecht aufzuzeigen und schliesslich die Tatsache zu erläutern, dass es in der schweizerischen Rechtsordnung häufig zu Eingriffen des Bundesprivatrechts in das kantonale Verfahrensrecht kommt und umgekehrt auch Bestimmungen des kantonalen Prozessrechts gestaltend auf das Bundesprivatrecht einwirken können. Schliesslich ist festzuhalten, inwiefern das kantonale Zivilprozessrecht Vorschriften des Bundesprivatrechts für seinen Bereich übernehmen kann.

Alle Ausführungen über das Verhältnis zwischen Bundesprivatrecht und kantonalem Verfahrensrecht sind, dem Thema der Arbeit entsprechend, auf die gerichtliche Hinterlegung im Zürcher Zivilprozessrecht hin zu untersuchen und anzuwenden (494).

(493) Guldener, in ZSR 80, S. 7.

(494) Es ist in diesem Paragraph nicht zu umgehen, dass die Erörterung immer wieder auf allgemeine Grundsätze des Prozessrechts zurückgreifen.

B. Die Abgrenzung des Bundesprivatrechts zum kantonalen
Zivilprozessrecht.

I. Der Unterschied zwischen dem Privatrecht und dem Prozessrecht.

1. Allgemeines:

Der Unterschied zwischen Privatrecht und Prozessrecht besteht grundsätzlich darin, dass das Privatrecht Entstehung, Veränderung und Inhalt von Rechten und Rechtsverhältnissen ordnet, das Zivilprozessrecht dagegen die Organisation und den Aufgabenkreis der Zivilgerichte und ihr Verfahren zum Gegenstand hat und die Klarheit privater Rechte und Rechtsverhältnisse ermöglichen will (495). Eine andere Unterscheidung trennt materielles Privatrecht und formelles Prozessrecht danach, welche Lebensbereiche sie regeln (496): Das Prozessrecht ist der Inbegriff aller Normen, welche das menschliche Verhalten vor Rechtspflegeorganen regeln; das materielle Privatrecht dagegen regelt das Verhalten in Lebensbereichen, in denen sich die Rechtssubjekte ohne Vermittlung eines zu einem Rechtspflegeakt aufgerufenen Rechtspflegeorgans begegnen.

2. Die Kompetenz der Kantone zum Erlass von Prozessrecht:

Grundsätzlich ist es Sache des kantonalen Rechts, über die Organisation und das Verfahren von kantonalen Gerichten und Verwaltungsbehörden sowie privaten Schiedsgerichten,

(495) Guldener, S. 50 ff., insbesondere S. 54.

(496) Walder, S. 24.

die Privatrecht zu verwirklichen haben, zu legiferieren (497). Der Bund ist zum Erlass von Bundesprivatrecht zuständig (498).

3. Das Privatrecht:

Das Privatrecht kann Entstehung, Ausübung und Untergang eines Rechtes von beliebigen Bedingungen abhängig machen, mithin auch und insbesondere beim Rechtsstreit um eine Hinterlage, von der Erwirkung von Amtshandlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder von einem Zivilurteil. Privatrechtlicher Natur sind namentlich:

- die Frage, ob es zur Begründung oder Aufhebung eines Privatrechts der Mitwirkung bloss einer Verwaltungsbehörde oder ob es dazu eines privatrechtlichen Gestaltungsrechts, durch Klage ausgeübt, bedürfe; für die gerichtliche Hinterlegung die Fragen, welches die Voraussetzungen für die Hinterlegung seien und ob bereits die Tätigkeit des Einzelrichters im summarischen Verfahren einen Hinterlegungsstreit erledige oder ob dazu der ordentliche Richter auf Klage hin tätig werden müsse;
- der gerichtliche Vergleich, auch wenn er bereits im Vorverfahren der gerichtlichen Hinterlegung vor dem Einzelrichter im summarischen Verfahren geschlossen wird (499);
- die Grundsätze der Partei- und Prozessfähigkeit (500);
- die Definition der materiellen Rechtskraft (501).

(497) Art. 64 Abs. 3 BV.

(498) Art. 64 Abs. 2 BV.

(499) Sträuli/Messmer, N 6 zu § 238 ZPO.

(500) Sträuli/Messmer, N 1 zu § 27/28 ZPO.

(501) Sträuli/Messmer, N 3 zu § 191 ZPO.

4. Das Zivilprozessrecht:

a) Zum Zivilprozessrecht gehören insbesondere die Grundsätze über die Prozesssubjekte, über die innere und äussere Gerichtsorganisation, über die Stellvertretung, über die Zulässigkeit des Rechtsweges, über den Anspruch auf Rechtsschutz (demgegenüber es eine Frage des Privatrechts ist, ob der Anspruch überhaupt zu gewähren sei) und die Klagbarkeit eines Anspruchs; auch die Prozesshandlungen, das Beweisrecht, die Rechtsmittel und die Zwangsvollstreckung sowie Anerkennung und Verzicht gehören zum Prozessrecht. Auch Schiedsabreden, Schiedsverträge und Schiedsgerichte sind Zivilprozessrecht (502); insoweit prozessrechtliche Vorschriften fehlen, kommen die Normen des Privatrechts analog zur Anwendung.

b) Die Kantone können in ihren Prozessgesetzen sodann die prozessuale Verwirkung vorsehen. In Anwendung dieses Grundsatzes wird nach § 80 Abs. 1 in Verbindung mit § 204 der Zürcher Zivilprozessordnung auf ein Hinterlegungsbegehren nicht eingetreten, wenn der Gesuchsteller im Verfahren der gerichtlichen Hinterlegung die ihm auferlegte oder nachträglich erhöhte Kautionsleistung nicht fristgerecht leistet, sofern für die Erhebung derselben die Voraussetzungen gegeben sind (503).

c) Sodann ist es eine Frage des kantonalen Verfahrensrechts, in welcher Form und bis zu welchem Zeitpunkt im Prozess bzw. im Verfahren der gerichtlichen Hinterlegung Angriffs- und Verteidigungsmittel vorgebracht werden können (504). Die diesbezüglichen Vorschriften der Zürcher

(502) BGE 96 I 340.

(503) Die Auferlegung einer Kautionsleistung ist an ganz bestimmte Bedingungen gebunden, vgl. § 73 ZPO.

(504) Eventualmaxime, vgl. § 114 ZPO.

Zivilprozessordnung dürfen dem materiellen Privatrecht nicht entgegenstehen; das Bundesrecht muss von Amtes wegen zur Anwendung gebracht werden.

Im Verfahren der gerichtlichen Hinterlegung zielen alle Angriffs- und Verteidigungsmittel darauf ab, den Hinterlegungsanspruch unter Angabe hinreichender Gründe glaubhaft zu machen. Mehr wird nicht gefordert (505). Diese Regelung steht dem Bundesrecht nicht entgegen; es wird im an das Hinterlegungsverfahren anschliessenden ordentlichen Prozess, in welchem die Beweismittel vollständig zur Verfügung stehen, endgültig über die Berechtigung an der Hinterlage entschieden.

II. Die Bedeutung der Unterscheidung für die Rechtsanwendung im Allgemeinen und für die gerichtliche Hinterlegung im speziellen.

Der Richter muss ein Sachurteil unter Anwendung sowohl von Privatrecht als auch von Prozessrecht fällen. Für den Urteilsinhalt ist nicht allein Privatrecht massgebend, sondern es kommt weitgehend auch auf das prozessuale Verhalten der Parteien und insbesondere darauf an, was behauptet oder bestritten wird, und welche Beweise angetreten werden. Nach Privatrecht bestimmen sich die Folgen des nach Massgabe des Prozessrechts festgestellten Tatbestandes; so folgen zum Beispiel die Wirkungen einer Hinterlegung dem Privatrecht (506).

Prozessrechtliche Voraussetzung für die gerichtliche Hinterlegung ist die blosse Glaubhaftmachung des Hinterlegungsan-

(505) § 220 ZPO.

(506) vgl. hinten, S. 207 ff./ 4. Kapitel.

spruches. Damit gelangt ein Begriff zur Anwendung, der sowohl im Zivilprozessrecht als auch im Privatrecht verwendet wird und von dem die Anhandnahme des Hinterlegungsbegehrens, also die prozessuale Tätigkeit des Einzelrichters, abhängt. Der Begriff der Glaubhaftmachung hinreichender Gründe hat sich in der Praxis entwickelt und galt schon unter der alten Zivilprozessordnung als Voraussetzung für die Bewilligung der Hinterlegung.

C. Das Verhältnis des Bundesprivatrechts zum kantonalen Zivilprozessrecht.

I. Allgemeines.

Die subjektiven Privatrechte wären ohne Wert, wenn sie nicht auf dem Weg des Zivilprozesses Schutz fänden (507). Zur Rechtsverwirklichung im Privatrecht bedarf es des Zusammenwirkens von Privatrecht und Zivilprozessrecht, sofern Rechte und Pflichten nicht freiwillig beachtet werden. Während es eine Frage des materiellen Rechts ist, ob in einem bestimmten Fall Rechtsschutz überhaupt zu gewähren, also zum Beispiel die Hinterlegung einer beweglichen Sache zu bewilligen sei, bestimmt sich nach Verfahrensrecht, in welcher Form dieser Rechtsschutz zu gewähren sei.

Auf dem Gebiet der gerichtlichen Hinterlegung ist es das Bundesprivatrecht, welches in ZGB und OR die Voraussetzungen nennt, unter welchen hinterlegt werden kann; das Vorgehen und die Durchführung der Hinterlegung richtet sich sodann nach der kantonalen Zivilprozessordnung und dem Gerichtsverfassungsgesetz.

(507) Guldener, in ZSR 80, S. 135.

II. Die wechselseitige Beziehung zwischen Bundesprivatrecht und kantonalem Prozessrecht.

Will das Zivilprozessrecht den Schutz privater Rechte und mithin die Privatrechtsordnung verwirklichen, muss es so ausgestaltet sein, dass es den Schutz privater Rechte zu gewähren vermag und dass keine prozessualen Bestimmungen Geltung haben können, welche mit der Privatrechtsordnung im Widerspruch stehen.

Da es zur zwangsweisen Durchsetzung von Privatrechten eines Zusammenwirkens von Privatrecht und Zivilprozessrecht bedarf, ist es einleuchtend, dass Bundesprivatrecht und Zivilprozessrecht nicht ganz verschiedene Wege gehen können, sondern ein harmonisches Ganzes ergeben müssen. Daher hat der Bundesgesetzgeber auch Vorschriften über das Verfahren aufgestellt (508).

Dieses Verhältnis zwischen Bundesprivatrecht und kantonalem Zivilprozessrecht ergibt sich aus dem Wesen der Sache und steht mit dem Grundsatz von Art. 64 BV nicht im Widerspruch, wonach die Organisation der kantonalen Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung den Kantonen verbleibe. Das wechselseitige Verhältnis hat die Grenze zwischen Privatrecht und Zivilprozessrecht grundsätzlich nicht verwischt (509). Aber der allgemeine Grundsatz, wonach der Bund nur über Privatrecht und die Kantone nur über

(508) Es ist nicht nur an die zahlreichen ausdrücklichen prozessualen Vorschriften zu denken, die sich in der privatrechtlichen Gesetzgebung des Bundes finden und die in das Verfahrensrecht der Kantone eingreifen; diese sind oft prozessrechtlicher Natur und bloss formell Bestandteil des Bundesprivatrechts. In anderen Fällen sind in den privatrechtlichen Bestimmungen des Bundes auch prozessuale Vorschriften mitenthaltend oder daraus abzuleiten, sei es stillschweigend oder ausdrücklich.

(509) Reichel, S. 10 ff.

Zivilprozessrecht zu legiferieren haben, lässt sich in Gesetzgebung und Praxis nun einmal konsequent nicht durchführen. Auch der Grundsatz (510), dass das Verfahren der gerichtlichen Hinterlegung rein prozessualer Natur sei, erleidet in diesem Sinn gewisse Ausnahmen.

1. Die Auswirkungen des Bundesprivatrechts auf das kantonale Zivilprozessrecht:

a) Das kantonale Prozessrecht bezweckt die Verwirklichung des Bundesprivatrechts; daraus ergibt sich für die Auslegung der Sätze des Zivilprozessrechts, dass im Zweifel anzunehmen ist, einer prozessualen Vorschrift komme die Bedeutung zu, die am ehesten geeignet ist, die Verwirklichung des Bundesprivatrechts auf dem einfachsten Weg zu ermöglichen.

Da das Bundesprivatrecht verschiedentlich (511) die Hinterlegung vorsieht, ist das Zürcher Zivilprozessrecht verpflichtet, diesen Vorschriften dadurch zu entsprechen, dass es die Durchführung der gerichtlichen Hinterlegung ermöglicht (512); in diesem Sinn hat es die dazu notwendigen Instrumente in den entsprechenden, unter dem Abschnitt des summarischen Verfahrens der Zivilprozessordnung zu findenden Vorschriften zur Verfügung gestellt.

b) Die Kantone sind von Bundesrechts wegen gehalten, rechtssprechende Behörden einzusetzen (513). Gerichte brauchen diese Behörden nur dann zu sein, wenn das Bundesrecht Ent-

(510) vgl. vorn, S. 153.

(511) vgl. vorn, S. 3 ff.

(512) § 204 ff. ZPO.

(513) Art. 52 und Art. 54 SchlT ZGB.

scheidungen durch den Richter vorsieht (514).

Nur in wenigen Bestimmungen des Bundesrechts ist die Hinterlegung als gerichtliche bezeichnet (515). Das kantonale Recht müsste demnach bloss für diese wenigen Fälle von Bundesrechts wegen Gerichte als Hinterlegungsbehörden einsetzen. Indessen fragt sich überhaupt, ob die gerichtliche Hinterlegung als separates Vorverfahren ohne hängigen Prozess (516) darunter einzureihen ist und einer gerichtlichen Behörde zugeteilt werden muss oder ob hier nicht bloss eine Verwaltungsbehörde diese Aufgabe ebensogut erfüllen könnte. Nach Ansicht von Biedermann (517) gehen die kantonalen Gesetze und mithin auch die Zürcher Zivilprozessordnung weiter als die Mindestanforderungen, wie sie das Bundesprivatrecht stellt, wenn sie auch für die gewöhnliche Hinterlegung eine richterliche Bewilligung vorschreiben. Der Gesetzgeber hat aus Gründen, die vorn (518) dargelegt wurden, die Hinterlegung nun einmal dem Einzelrichter im summarischen Verfahren zugeteilt. Damit hat er die vom Bundesrecht in Art. 52 und 54 SchlT ZGB geforderte rechtsprechende Behörde eingesetzt und ermöglicht somit die Verwirklichung des Bundesprivatrechts (519).

c) Sodann sind die Kantone zur Gewährleistung des Rechtsschutzes (520) auf dem Gebiet des Bundesprivatrechts ver-

(514) Art. 54 SchlT ZGB.

(515) Art. 36, 168 OR; Art. 451 OR spricht von "amtlicher" Hinterlegung.

(516) vgl. vorn, S. 127.

(517) Biedermann, S. 123.

(518) vgl. vorn, S. 101.

(519) Ueber das einzelrichterliche Verfahren, vgl. unten, S. 190 ff.

(520) Der Rechtsschutz besteht in der gerichtlichen Klarstellung eines ungewissen Rechtszustandes. Dazu gehört nicht nur, dass ein Anspruch eingeklagt werden, sondern auch, dass eine verbindliche Entscheidung darüber ergehen kann (Guldener, S. 69).

pflichtet. Die Rechtssätze auf dem Gebiet des Bundesprivatrechts haben nur unter dieser Voraussetzung wirkliche Bedeutung; sie wären keine ernst zu nehmenden Vorschriften und in diesem Sinn keine Rechtssätze, wenn nicht die Entscheidung des Richters angerufen werden könnte (521). Der Rechtsschutz wird durch das Sachurteil gewährt (522). Der Anspruch auf Rechtsschutz und die Klagbarkeit privatrechtlicher Ansprüche beurteilen sich nach Bundesrecht (523). Welchen Anforderungen ein Klagebegehren in formeller Hinsicht zu genügen hat, um das Gericht zur Fällung eines Sachurteils zu berechtigen und zu verpflichten, bestimmt sich grundsätzlich nach kantonalem Prozessrecht. Wirklicher Rechtsschutz wird durch das Sachurteil nur dann gewährt, wenn es der materiellen Rechtskraft fähig, d.h. mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr anfechtbar ist (524). Es ist Bundesrecht verletzt, wenn eine rechtskräftige Entscheidung in einem späteren Prozess der von der Rechtskraft betroffenen Personen in Frage gestellt wird (525).

Hinsichtlich des Rechtsschutzes ist für die gerichtliche Hinterlegung als Vorverfahren entscheidend, dass das im Anschluss an das Hinterlegungsverfahren den Hinterlegungsstreit beurteilende Gericht an den Entscheid des Einzelrichters im summarischen Verfahren nicht gebunden ist (526). Der Grund dafür liegt darin, dass der summarische Richter nur beschränkt über Beweismittel verfügt (627) und das Begehren um gerichtliche Hinterlegung lediglich glaubhaft zu

(521) Guldener, S. 70.

(522) vgl. vorn, S. 149.

(523) Kummer, S. 21.

(524) Kummer, S. 63.

(525) Guldener, in ZSR 80, S. 27; § 209 ZPO.

(526) § 212 Abs. 2 ZPO.

(527) Guldener, S. 591.

machen ist. Infolgedessen liegt eine bloss beschränkt rechtskräftige Entscheidung vor. Dies widerspricht aus folgenden Gründen dem Bundesrecht nicht:

Es besteht zwar kein allgemeiner Rechtsgrundsatz, wonach ein Entscheid des summarischen Verfahrens für den ordentlichen Richter nicht verbindlich wäre (528). Schon die alte Zivilprozessordnung statuierte aber den Grundsatz, dass der ordentliche Richter nicht an den Entscheid des summarischen Richters gebunden sei (529). Dies machte unter Umständen den Zweck des summarischen Verfahrens, einfache Fälle möglichst rasch zu erledigen, illusorisch. Andererseits war aber diese Bestimmung in der Praxis von zahlreichen Ausnahmen gekennzeichnet (530).

- Die Entscheidungen im summarischen Verfahren binden den ordentlichen Richter dann nicht, wenn ihnen bloss vorbereitender Charakter zukommt und nur Glaubhaftmachung hinreichender Gründe, ohne im Beweisverfahren geklärte Gewähr für die Richtigkeit, genügend ist (531).

- Praktische Bedeutung hat die Neufassung von § 212 Abs. 1 ZPO (Gleichstellung der summarischen Entscheidungen mit denjenigen im ordentlichen Verfahren) nicht vor allem für das Hinterlegungsverfahren, sondern in erster Linie im Befehlsverfahren, in welchem der summarische Entscheid zur schnellen Handhabung klaren Rechts bei nicht streitigen oder sofort beweisbaren tatsächlichen Verhältnissen früher im ordentlichen Prozessverfahren rückgängig gemacht werden konnte; die Regelung von § 105 aZPO widersprach dem materiellen Bundesrecht und musste daher revidiert werden (532). Für

(528) BGE 84 II 79;
Sträuli/Messmer, N 1 zu § 212 ZPO.

(529) § 105 Abs. 2 aZPO.

(530) Sträuli/Messmer, N 1 zu § 212 ZPO.

(531) Guldener, S. 591;
§ 212 Abs. 3 ZPO.

(532) Guldener, S. 590.

die gerichtliche Hinterlegung aber, welche sich vom Befehlsverfahren unterscheidet (533), gilt der Grundsatz des Nichtgebundenseins des ordentlichen Richters an den Entscheid des summarischen Richters auch unter der neuen Zivilprozessordnung weiter (534).

d) Die Einrede der Rechtshängigkeit (535) ist von Bundesrechts wegen gegeben, sofern ein Anspruch des Bundesprivatrechts Gegenstand des Prozesses ist (536).

Wäre ein Begehren um gerichtliche Hinterlegung in der gleichen Sache vor verschiedenen Gerichten gleichzeitig zugelassen, hätte dies zur Folge, dass sich widersprechende Urteile bereits im Hinterlegungsverfahren ergehen könnten. In diesem Fall muss angenommen werden, dass von Bundesrechts wegen ein ausschliesslicher Gerichtsstand beim Einzelrichter des ersten Hinterlegungsbegehrens besteht.

Ebenso bestimmt sich nach Bundesrecht die Zulässigkeit der Klageart, d.h. einer Leistungsklage, Gestaltungsklage oder Feststellungsklage. Obwohl im summarischen Verfahren der Hinterlegung grundsätzlich von "Begehren" anstatt von "Klage" die Rede ist, werden die Parteien gleichwohl als "Kläger" und "Beklagter" bezeichnet (537). Die Klage bzw. das Begehren lautet auf Bewilligung der Hinterlegung. Es ist in dem Sinn eine Gestaltungsklage (538), als mit der Hinter-

(533) vgl. vorn, S. 105.

(534) § 220 Abs. 1 in Verbindung mit § 212 Abs. 3 ZPO.

(535) Die Rechtshängigkeit im Hinterlegungsverfahren bestimmt sich nach § 220 ZPO. Davon zu unterscheiden ist die Einleitung der Klage im ordentlichen Verfahren nach § 93 ff. ZPO (vgl. vorn, S. 127).

(536) Guldener, in ZSR 80, S. 31.

(537) Sträuli/Messmer, N 1 zu § 205 ZPO.

(538) "Die Gestaltungsklage geht auf Rechtsänderung (Begründung, Aenderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses)": Guldener, S. 211.

legung eine Aenderung im Rechtsverhältnis der an der Hinterlegung Beteiligten eintritt. Der Schuldner kann sich durch die Hinterlegung von seiner Leistungspflicht unter Umständen befreien (539) bzw. nach erfolgter Hinterlegung ein Recht geltend machen (540); auch ist es möglich, dass durch das einzelrichterliche Urteil ein vorläufiger Rechtszustand geschaffen wird, der einer weiteren Abwicklung durch Fristansetzung zur Klage im ordentlichen Verfahren bedarf (541). Allerdings ist hier auf die Eigenart der gerichtlichen Hinterlegung als Vorverfahren hinzuweisen, die bloss eine vorläufige Anordnung ist bis zum Entscheid des ordentlichen Richters; erst in jenem Urteil wird über eine Leistungsklage entschieden mit dem Inhalt, welcher Partei die Hinterlage zukommen soll.

e) Schliesslich ist im Bundesrecht der Grundsatz verankert, dass den privatrechtlichen Ansprüchen nur auf Klage hin Rechtsschutz zu gewähren sei (542). Die Ausübung von Privatrechten ist also in das Belieben der Berechtigten gestellt; an ihnen liegt es auch, den Zeitpunkt der Geltendmachung vor Gericht zu bestimmen und das Prozessthema festzusetzen.

Die gerichtliche Hinterlegung weicht diesbezüglich von den allgemeinen Grundsätzen nicht ab. Das kantonale Zivilprozessrecht bestimmt, auf welche Weise die tatsächlichen Grundlagen für die richterliche Entscheidung im Zivilprozess zu gewinnen seien (543).

(539) Zum Beispiel Art. 92 Abs. 2 OR, Art. 168 OR.

(540) Art. 451 Abs. 1 OR.

(541) Zum Beispiel Art. 760 Abs. 3, Art. 906 ZGB oder Art. 36 Abs. 1 OR;
vgl. Guldener, S. 213.

(542) Guldener, S. 125.

(543) Nach § 54 Abs. 2 ZPO darf der Richter einer Partei weder mehr noch anderes zusprechen, als sie selber verlangt, noch weniger als der Gegner zuerkannt hat (Grundsatz der sogenannten Dispositionsmaxime).

f) Grundsätzlich können Klagefristen des Bundesprivatrechts vom kantonalen Recht nicht verlängert oder verkürzt werden. Bundesrechtliche Fristen müssen dem Berechtigten unverkürzt zur Verfügung stehen. Wird die Rechtshängigkeit durch Erhebung der Klage beim erkennenden Gericht bewirkt, so muss nötigenfalls direkt, unter Umgehung des Friedensrichters, der ordentliche Richter angerufen werden können.

Das Bundesrecht setzt für die gerichtliche Hinterlegung keinerlei Fristen, weder in bezug auf die Einreichung eines Hinterlegungsbegehrens noch bezüglich der Klageeinleitung beim ordentlichen Richter. Das Zürcher Zivilprozessrecht hat daher in eigener Kompetenz und ohne Bundesrecht zu verletzen, die Klagefristen und die Frage der Rechtshängigkeit, geregelt (544).

2. Die Auswirkungen des kantonalen Zivilprozessrechts auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse:

Wie das Bundesrecht in mancherlei Hinsicht sich auf das kantonale Zivilprozessrecht auswirkt, so kann auch das kantonale Zivilprozessrecht privatrechtliche Rechtsverhältnisse des Bundesrechts gestaltend beeinflussen. Nicht wenige Vorschriften des kantonalen Zivilprozessrechts haben zum Beispiel zur Folge, dass ein im Bundesprivatrecht begründeter Rechtsanspruch keinen Rechtsschutz findet, weil er den Anforderungen des kantonalen Zivilprozessrechts nicht genügt.

a) Gilt, wie für das Hinterlegungsverfahren nach Zürcher

(544) § 190 GVG;
vgl. vorn, S. 142 ff.

Zivilprozessrecht, die Verhandlungsmaxime, so kann ein privatrechtlich unrichtiges Urteil dann ergehen, wenn eine Partei nicht alle rechtserheblichen Tatsachen behauptet, oder wenn die Gegenpartei unzutreffende Tatsachenbehauptungen nicht bestritten hat. Auch dann, wenn es der Kläger versäumt, nach Durchführung des Hinterlegungsverfahrens vor dem Einzelrichter die Klage rechtzeitig beim ordentlichen Richter anhängig zu machen, beziehungsweise je nach Fristansetzung (545), die Sühnverhandlung vor Friedensrichter anzubegehren, so wird nach Zürcher Zivilprozessrecht (546) Verzicht auf das eingeklagte Recht angenommen und die hinterlegte Sache dem Hinterleger herausgegeben (547). Das Begehren kann in diesem Fall selbst dann nicht mehr gestellt werden, wenn es nach Bundesrecht begründet gewesen wäre.

Derartige kantonale rechtliche Bestimmungen sind bundesrechtlich zulässig. Sie stellen nicht die Massgeblichkeit des Bundesprivatrechts in Frage, sondern machen dessen Verwirklichung davon abhängig, dass die Parteien den Prozess mit der erforderlichen Sorgfalt geführt haben. Nicht zu vermeiden ist es, dass die Parteien, die es daran fehlen lassen, Rechtsnachteile treffen, wobei diese Nachteile notwendig in einem ungünstigen Sachurteil über Bestand oder Nichtbestand des eingeklagten Rechtes bestehen. Wenn das Sachurteil darüber endgültig entscheiden soll, muss die Entscheidung auch ergehen können, wenn eine Partei die zur Wahrung ihrer Interessen erforderlichen Prozesshandlungen unterlassen hat. Es muss daher zum Nachteil der säumigen Partei entschieden werden, auch wenn diese privatrechtlich im Recht gewesen wäre. In diesem Sinn sind die Kantone auch

(545) vgl. vorn, S. 145.

(546) vgl. § 207 in Verbindung mit § 129 ZPO und § 197 GVG.

(547) § 220 Abs. 2 ZPO.

frei, die Anforderungen zu bestimmen, die an Prozesshandlungen der Parteien zu stellen sind, wie zum Beispiel die blossе Glaubhaftmachung des Hinterlegungsanspruchs als Voraussetzung für die Hinterlegung.

b) Wird die Hinterlegung eines Geldbetrages angebehrt, so verlangt das kantonale Prozessrecht, dass der Kläger oder Gesuchsteller das Hinterlegungsbegehren genau beziffert, sofern er dazu nach den gesamten Umständen in der Lage ist (548).

Im Hinterlegungsverfahren ist die genaue Bezifferung des zu hinterlegenden Betrages wichtig (549). Erfolgt sie durch den Kläger nicht, steht es dem Einzelrichter frei, auf das Hinterlegungsbegehren nicht einzutreten.

c) Das Privatrecht ist nicht erschöpfend bundesrechtlich geregelt; die Geltung kantonalen Privatrechts ist vorbehalten (550). Ein besonderer Fall ist die Forderung einer Partei auf Bezahlung einer Prozessentschädigung. Diese ist zunächst grundsätzlich privatrechtlicher Natur (551). Aber zwischen Prozessführung und Prozessentschädigung besteht ein so enger Zusammenhang, dass die Regelung der Entschädigungsfolgen richtigerweise dem Prozessrecht überlassen wird. Dies hat, vom bekannten Grundsatz ausgehend, dass das Verfahren der gerichtlichen Hinterlegung vor dem summarischen Einzelrichter ein Vorverfahren und der Entscheidung über die Bewilligung der Hinterlegung daher nur unbedingt rechtskräftig ist, zur Folge, dass die Kosten- und

(548) § 113 und § 61 Abs. 3 ZPO sowie § 100 Ziff. 5 ZPO; Sträuli/Messmer, N 10 zu § 100 ZPO.

(549) vorn, S. 136.

(550) Art. 5 ZGB und Art. 51 SchlT ZGB.

(551) Im Gegensatz zur Kostenforderung eines Gerichts, die eine öffentlichrechtliche Benützungsgebühr ist.

Entschädigungsfolgen erst im ordentlichen Verfahren endgültig festzusetzen sind (552).

d) Das Beweisrecht gehört grundsätzlich dem Zivilprozessrecht an und wird daher durch das kantonale Recht geregelt (553). Nur ausnahmeweise stellt das Bundesprivatrecht darüber Vorschriften auf (554). Ebenso bestimmt sich nach kantonalem Recht, bis zu welchem Zeitpunkt im Prozess Tatsachen behauptet und Beweise anerboden werden können und welche Formen dabei zu beachten sind (555). Weil auch die Zulässigkeit von Beweismitteln vom kantonalen Recht geregelt wird, stimmt die Zulässigkeit der Beweismittel in den einzelnen Kantonen oftmals nicht überein. Damit kann der Ausgang eines Zivilprozesses oder Hinterlegungsverfahrens davon abhängen, ob es in dem einen oder einem andern Kanton zur Beurteilung gelangt (556), was vom Bundesprivatrecht her betrachtet zu Ungerechtigkeiten führen kann.

Für das summarische Verfahren der gerichtlichen Hinterlegung gilt der Grundsatz der eingeschränkten Beweismittel (557). Es stehen dem Einzelrichter im summarischen Verfahren bei der Beurteilung des Begehrens um gerichtliche Hinterlegung nur die persönliche Befragung der Parteien,

(552) Eine privatrechtliche Schadenersatzpflicht besteht dagegen im Fall böswilliger Prozessführung, die als unerlaubte Handlung im Sinne des Privatrechts zu betrachten ist, welche auch die Kantone nicht ausschliessen können.

(553) vgl. vorn, S. 148.

(554) Guldener, in ZSR 80, S. 47.

(555) Zum Beispiel Art. 9, 10, 158 Ziff. 2 und 4 ZGB; Art. 310 Abs. 2 ZGB.

(556) Guldener, in ZSR 80, S. 49.

(557) § 209 ZPO.

schriftliche Auskünfte und Urkunden zur Verfügung (558), nicht aber die Zeugeneinvernahme und das Gutachten.

e) Die Klage, welche vor einem kantonalen Gericht erhoben wird, ist eine Prozesshandlung, die grundsätzlich durch das kantonale Recht geregelt wird. Leitet der Kläger das Begehren aus einem bundesprivatrechtlich beherrschten Rechtsverhältnis ab, so beurteilt sich die Frage der inhaltlichen Zulässigkeit des Klagebegehrens nach Bundesprivatrecht. Ebenso beurteilt sich nach Bundesprivatrecht, ob das Klagebegehren richtig formuliert sei und welcher Anspruch aus einem von ihm geordneten Rechtsverhältnis hergeleitet werden könne.

Im Verfahren der gerichtlichen Hinterlegung lautet das Begehren von Bundesrechts wegen auf Bewilligung der Hinterlegung einer Sache. Nach kantonalem Prozessrecht entscheidet sich lediglich, innert welchen Fristen und in welcher Form, mündlich oder schriftlich, das Klagebegehren zu stellen ist (559).

3. Die Ausfüllung von Lücken im kantonalen Zivilprozessrecht durch das Bundesprivatrecht:

Schliesslich kann auch das kantonale Prozessrecht für das Verfahren der gerichtlichen Hinterlegung Bestimmungen des Bundesrechts übernehmen.

Zum Beispiel bezeichnet die Zürcher Zivilprozessordnung einen eigenen kantonalen Begriff des Wohnsitzes und ver-

(558) § 209 Abs. 1 ZPO.

(559) § 205 ZPO.

weist dabei auf die Vorschriften des Bundesprivatrechts (560). Beim Abschluss prozessualer Verträge können die Bestimmungen des Bundesprivatrechts (561) herangezogen werden. Ebenso gibt es Rechtsgrundsätze, die sowohl im Privatrecht als auch im Zivilprozessrecht gleiche Geltung haben, ohne dass sie ausdrücklich aus dem Privatrecht ins Zivilprozessrecht übernommen worden wären. So gilt zum Beispiel das Verbot des Rechtsmissbrauchs ebenso im Privatrecht wie im Prozessrecht. Auch für das Verfahren der gerichtlichen Hinterlegung haben sie natürlich Gültigkeit.

III. Die sekundäre Rolle des Zivilprozessrechts.

Es liegt im Machtbereich der Kantone, im Bereich des Zivilprozessrechts zu legislieren. Das Zivilprozessrecht hat sich dabei mit der ihm eigenen dienenden Rolle zu bescheiden (562).

Das Bundesprivatrecht geht grundsätzlich dem kantonalen Verfahrensrecht vor (563). Die Kantone dürfen dem Bundesprivatrecht nicht derogieren, indem sie zivilprozessuale Vorschriften aufstellen, welche die Verwirklichung des Bundesprivatrechts verunmöglichen oder hindern (564). So kann das kantonale Prozessrecht nicht einen nach Bundesrecht zur gerichtlichen Hinterlegung Legitimierten von der Prozessführung um die Hinterlage ausschliessen, indem es das Hinter-

(560) § 2 Abs. 1 ZPO.

(561) Art. 3 bis 9 OR.

(562) Tuor/Schnyder, S. 25.

(563) Guldener, S. 68.

(564) Zum Beispiel durch Abänderung von Formvorschriften wie den Urkundenbeweis (Art. 10 ZGB).

legungsverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuordnet (565), auch wenn der Charakter der gerichtlichen Hinterlegung und derjenige der freiwilligen Gerichtsbarkeit sehr ähnlich sind (566).

(565) Guldener, S. 69.

(566) vgl. vorn, S. 98.

§ 14 Die gerichtliche Hinterlegung und die Abgrenzung
des öffentlichen Rechts zum Privatrecht.

A. Allgemeines.

Die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht hängt mit der soeben behandelten Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen bzw. der Unterscheidung zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht insofern zusammen (567), als sich die jeweiligen Abgrenzungen ungefähr entsprechen.

Die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht kann nach verschiedenen Kriterien vorgenommen werden (568). Das Gemeinsame der verschiedenen Aspekte besteht darin, dass die Normen des Verfahrensrechts dem öffentlichen Recht zugerechnet werden (569), während das materielle Recht von der Definition her Privatrecht ist. Weil die Gerichte als Staatsorgane durch Verfassung und Gesetz mit der Rechtsprechung beauftragt sind (570), haben sie sowohl Privatrecht als auch öffentliches Recht - durch die Verwaltungsgerichte - anzuwenden.

Die Zuweisung der gerichtlichen Hinterlegung ins öffentliche oder private Recht ist entscheidend dafür, auf welchem Weg die Ansprüche aus einem Hinterlegungsstreit durchgesetzt werden können, ob auf dem Verwaltungs- oder auf dem

(567) vgl. vorn, S. 155.
Biedermann, S. 153.

(568) Die herkömmliche Unterscheidung hat in neuerer Zeit etwas an Bedeutung verloren, ist aber als grundlegendes Prinzip weiterhin unabdingbar (Kölz, N 3 zu § 1 VRG).

(569) Walder, S. 3;
Guldener, S. 51;
Biedermann, S. 153.

(570) Guldener, S. 2.

Rechtsweg. Ein praktisches Anzeichen für die Unterscheidung bildet unter anderem der Zivilprozess, indem jene Rechtsnormen, zu deren Verfolgung dieser offen steht, dem Privatrecht angehören, diejenigen Normen aber, die auf dem Verwaltungsweg durchgesetzt werden (571), dem öffentlichen Recht zugerechnet werden. Das Verfahrensrecht, also das Zivilprozessrecht, ist Bestandteil des öffentlichen Rechts.

Von der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht hängt ebenfalls ab, ob der Staat für die Handlungen seiner Beamten haftet oder ob die Haftungsgrundsätze des obligationenrechtlichen Hinterlegungsvertrages zur Anwendung gelangen.

B. Die Kriterien der Unterscheidung.

Der Unterschied zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht wird heute in verschiedener Hinsicht in Frage gestellt (572). Lehre und Praxis haben sich bis jetzt an Unterscheidungsmerkmale gehalten, welche kaum allseitig zu befriedigenden Ergebnissen geführt haben (573).

Oeffentliches Recht und Privatrecht sind zunächst als formelle Begriffe zu verstehen; öffentlich-rechtlich ist eine Angelegenheit dann, wenn sie in den Normenbereich eines staats- oder verwaltungsrechtlichen Gesetzes fällt, zivilrechtlich, wenn sie in einem zivilrechtlichen Erlass enthalten ist. Diese vom kantonalen Gesetzgeber getroffene Unterscheidung muss sich nicht notwendig mit einer vom Bundesrecht getroffenen decken. Was nach kanto-

(571) Portmann, S. 12.

(572) Fleiner-Gerster, S. 37.

(573) Fleiner-Gerster, S. 39.

nalem Recht Zivilsache ist, kann nach Bundesrecht Verwaltungssache sein. Die bisher gängige Unterscheidung (574) grenzte ab:

I. Die Interessentheorie.

Nach der Interessentheorie gehören zum öffentlichen Recht all diejenigen Rechtssätze und Rechtsverhältnisse, die dem öffentlichen Interesse, zum Privatrecht diejenigen Rechtssätze, die privaten Interessen dienen.

Nach dieser Theorie ist die gerichtliche Hinterlegung dem Privatrecht zuzuordnen, denn sie dient den Interessen von Privaten, indem die im Privatrecht vorgesehenen Wirkungen davon abhängen.

Der Interessentheorie kann entgegengehalten werden, dass auch die Normen des Privatrechts nicht allein nur dem privaten Interessen zu dienen haben. Eine klare Abgrenzung vorzunehmen, fällt daher sehr oft schwer. Der Begriff des öffentlichen Interesses ist zudem abstrakt und unbestimmt-offen, sodass er einer Leerformel oftmals nahe kommt.

II. Die Subordinationstheorie.

Die Subordinationstheorie geht von der Frage der Unterstellung aus. Dort, wo ein Unterstellungsverhältnis, d.h. ein Verhältnis rechtlicher Ueber- und Unterordnung vorliegt, ist eine Angelegenheit dem öffentlichen Recht zuzuweisen; dort, wo ein partnerschaftliches Verhältnis vorliegt, ist es privatrechtlich (575).

(574) Weitere Theorien bei Kölz, N 8 ff. zu § 1 VRG.

(575) Ein Beispiel dazu findet sich bei Fleiner-Gerster, S. 6/7 (Schwimmbadbau durch einen Privaten oder durch eine Gemeinde).

Für die gerichtliche Hinterlegung ist zu unterscheiden zwischen dem Grundverhältnis, das grundsätzlich im Bereich des Privatrechts liegt, und dem Hinterlegungsverhältnis, das oft öffentlich-rechtlich ist (576).

Auch bei dieser Theorie lassen sich als kritische Gegenargumente zahlreiche Beispiele finden, welche die Subjektionstheorie widerlegen. So finden sich im öffentlichen Recht auch Verhältnisse ohne Unterstellung, z.B. in der Form von öffentlich-rechtlichen Zweckverbänden verschiedener Gemeinden, wo der öffentlich-rechtliche Vertrag auf dem Gedanken der Partnerschaft von Staat und Bürger beruht. Andererseits gibt es auch im Zivilrecht Unterstellungsverhältnisse wie z.B. das Verhältnis der Kinder zu den Eltern, des Mündels zum Vormund oder im privatrechtlichen Arbeitsrecht.

III. Die Subjektstheorie.

Wenn aufgrund der am Rechtsverhältnis beteiligten Subjekten eines derselben dem öffentlichen Recht untersteht, wird das Rechtsverhältnis dem öffentlichen, wenn ein Subjekt des privaten Rechts beteiligt ist, wird das Rechtsverhältnis dem privaten Recht zugeordnet. Richtet sich gemäss neuerer Theorie eine Norm an ein Subjekt, das ausschliesslich Träger hoheitlicher Gewalt ist, handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche und nicht um eine privatrechtliche Norm.

Bei der gerichtlichen Hinterlegung ist wiederum zu unterscheiden zwischen dem Grundverhältnis und dem Hin-

(576) vgl. hinten, S. 186 ff.

terlegungsverhältnis. Dass am Grundverhältnis ein Subjekt des öffentlichen Rechts beteiligt ist, und zwar als hoheitliches Subjekt, wird vom Gesetz nicht vorgeesehen. Je nachdem andererseits beim Hinterlegungsverhältnis die Hinterlegungsstelle öffentlich oder privat ist, richtet sich die Hinterlegung nach dem entsprechenden Recht.

Auch diese Theorie ist nicht in allen Teilen überzeugend. So gibt es viele Rechtsnormen, die sich beispielsweise an private Organisationen richten, die aber eindeutig öffentlich-rechtliche Befugnisse wahrnehmen, wie zum Beispiel die Pensionskassen oder eine Milchsammelstelle (577).

IV. Das Kriterium der Konsequenz.

Ein neueres, eher pragmatisch auf den Einzelfall zugeschnittenes Unterscheidungskriterium untersucht, wenn es sich um einen Grenzfall handelt, zunächst, zu welchen Konsequenzen die öffentlich-rechtliche und zu welchen Konsequenzen die privatrechtliche Lösung führt. Wie wäre die Ausgestaltung der jeweiligen Interessenlage nach den beiden Rechtsgebieten? Führt das Ergebnis dazu, dass die Interessenabwägung und -berücksichtigung nach dem öffentlichen Recht gerechter ist als nach dem Privatrecht, dann muss das Verhältnis dem öffentlichen Recht zugewiesen werden. Ist aber vielleicht der Rechtsschutz im Privatrecht umfassender ausgebildet als im öffentlichen Recht, sind die Rechtsverhältnisse privatrechtlicher Natur. Vielleicht aber sind die Rechts-

(577) Fleiner-Gerster, S. 41.

verhältnisse des öffentlichen Rechts flexibler als im Privatrecht, sodass eine Zuweisung zum öffentlichen Recht sich eher rechtfertigt.

C. Die Folgen der Unterscheidung.

Je nachdem, ob die gerichtliche Hinterlegung dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht unterstellt wird, ergeben sich in bezug auf den Rechtsweg und die Rechtsmittel sowie die Haftung verschiedene Rechtsfolgen:

I. Der Rechtsweg und die Rechtsmittel:

1. Der Rechtsweg:

Grundsätzlich unterstehen die mit der Verwaltung betrauten Behörden nicht der Aufsicht der Zivilgerichte. Der Rechtsweg (578) steht daher zur Erwirkung von Vornahme, Unterlassung, Rücknahme oder Widerruf eines Hoheitsaktes der Verwaltungsbehörden nicht zur Verfügung. Der Verwaltungsbehörde obliegt die Rechtsanwendung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, soweit diese nicht Sache der Straf- oder Verwaltungsgerichte ist (579).

Demgegenüber besteht die Aufgabe der Zivilgerichte in der Rechtsprechung auf dem Gebiet des Privatrechts.

Der Rechtsweg ist für die gerichtliche Hinterlegung als Verfahren vor Zivilgerichten ausgebildet und als solches in der Zivilprozessordnung festgehalten.

(578) vgl. hinten, S. 201.

(579) Walder, S. 4/5.

2. Die Rechtsmittel:

Die Zuweisung der gerichtlichen Hinterlegung zum öffentlichen oder zum privaten Recht hat weiter zur Folge, dass je nachdem verschiedene Rechtsmittel zur Verfügung stehen. Im öffentlichen Recht wie im Privatrecht existiert das Rechtsmittel des Rekurses, jedoch in je verschiedener Ausgestaltung:

- Für verwaltungsrechtliche Angelegenheiten sieht das Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz) vom 24. Mai 1959 (580) den verwaltungsinternen Rekurs vor.
- In privatrechtlichen Sachen ist der Rekurs nach dem Gesetz über den Zivilprozess (ZPO) vom 13. Juni 1976 (581) gegeben (582). Die alte Zivilprozessordnung vom 13. April 1913 (583) kannte noch den speziell für Angelegenheiten in nichtstreitigen Rechtssachen geltenden Rekurs (584).

Für die gerichtliche Hinterlegung besteht einzig die Rekursmöglichkeit nach der Zivilprozessordnung.

II. Die Haftung.

Die Folgen der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht zeigen sich schliesslich bezüglich der Haftung:

-
- (580) ZG 1, S. 253 mit den seitherigen Aenderungen; insbesondere § 19 ff. VRG.
 - (581) OS 46, S. 139 ff.
 - (582) § 271 Abs. 1 und § 272 Abs. 1 ZPO.
 - (583) ZG 6, S. 205 ff.
 - (584) § 384 aZPO.

Ist die gerichtliche Hinterlegung privatrechtlicher Natur, kommen die Regeln über den Hinterlegungsvertrag (585) zur Anwendung (586). Die Haftung bei öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen hingegen richtet sich nach dem Gesetz über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behörden und Beamten (Haftungsgesetz) vom 14. September 1969 (587).

Verweigert der Verwalter einer öffentlichen Kasse die Annahme der Hinterlegung, so verletzt er eine (kantonale) Amtspflicht und haftet dafür nach Art. 61 OR (588). Die Haftung des Gemeinwesens richtet sich nach Art. 59 ZGB. Aus der angenommenen Hinterlegung entstehen für die öffentliche Kasse Vertragspflichten wie für jede Hinterlegungsstelle.

D. Der Kontrahierungszwang.

Nach früherer Ansicht (589) unterstanden öffentliche Hinterlegungsstellen dem sogenannten Kontrahierungszwang, d.h. nach dieser Meinung waren die Hinterlegungsstellen zur Annahme von Hinterlagen verpflichtet, sei es von Ge-

(585) Art. 472 ff. OR.

(586) Insbesondere Art. 473 OR, wonach der Hinterleger dem Aufbewahrer für die mit der Erfüllung des Vertrages notwendig verbundenen Auslagen haftet, und auch für den durch die Hinterlegung verursachten Schaden, sofern der Aufbewahrer nicht beweist, dass der Schaden ohne jedes Verschulden von seiner Seite entstanden sei.

(587) OS 43, S. 335 ff.

(588) von Tuhr/Escher, S. 78, N 18.

(589) Biedermann, S. 168 ff;
Ostertag, S. 353;
Imboden, S. 51;
Portmann, S. 51.

setzes wegen, sei es aufgrund einer Monopolstellung oder kraft öffentlichen Rechts. Daraus wurde vereinzelt der Schluss gezogen, aus dem Kontrahierungszwang folge, dass das Hinterlegungsverhältnis dem öffentlichen Recht unterstehe (590).

Von Kontrahierungszwang spricht man, wenn ein Zwang zum Abschluss eines bestimmten Vertrages besteht, d.h. wenn die Abschlussfreiheit (591) beschränkt wird (592). Grundsätzlich sind zwei Kategorien zu unterscheiden:

- Der Staat, staatliche Anstalten oder staatlich konzessierte Unternehmen haben die Pflicht, mit Privaten in bestimmte rechtliche Beziehungen zu treten (Post, Eisenbahn). In diesen Fällen ist nicht von Kontrahierungszwang zu reden, sondern die betreffenden Beziehungen sind dem öffentlichen Recht zu unterstellen (593).

- Ein Privater wird durch eine Rechtsnorm verpflichtet, mit einem andern Privaten oder einer staatlichen Stelle in rechtliche Beziehung zu treten. In diesem Fall liegt Kontrahierungszwang vor, indem ein Privater gezwungen wird, mit einem andern Privaten oder einer staatlichen Stelle einen Vertrag abzuschliessen. Als Beispiel seien erwähnt die zahlreichen wirtschaftslenkenden und -fördernden Massnahmen wie der obligatorische Landabtausch nach dem Landwirtschaftsgesetz (594) oder die obligato-

(590) Ostertag, S. 353;
differenzierter: Biedermann, S. 168;
a.M. Imboden, S. 52.

(591) Abschlussfreiheit ist die Freiheit der Entscheidung, ob überhaupt ein bestimmter Vertrag abgeschlossen wird.

(592) Oftinger, in ZSR 57, S. 509a.

(593) Ausnahme: Die Beziehung der Eisenbahnen und der PTT zu ihren Benützern; vgl. von Tuhr/Peter, S. 279.

(594) Art. 81 des Bundesgesetzes über die Förderung der Landwirtschaft und die Erhaltung des Bauernstandes vom 3. Oktober 1951; in: SR 910.1.

rische Milchabgabe nach dem Milchbeschluss (595).

Nach heutiger Meinung (596) ist der Begriff des Kontrahierungszwangs in den Fällen der Hinterlegung nach Art. 92, 96 und 168 OR bei einer vom kantonalen Recht dazu bestimmten Amtsstelle "wohl nicht am Platz". Dies dürfte grundsätzlich auch für die übrigen im Gesetz vorgesehenen Fälle der Hinterlegung (597) zutreffen, da diese meistens Anwendungsfälle der genannten Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts sind.

Klar zu trennen sind, entgegen früherer Ansicht, die Fragen des Kontrahierungszwanges von denjenigen der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht. Auch wenn die Anwendungsbeispiele des Kontrahierungszwangs darauf hindeuten scheinen, dass derselbe vorwiegend im Bereich des öffentlichen Rechts zur Anwendung gelange und möglich sei, ist der Gegenschluss, dass die gerichtliche Hinterlegung deswegen privatrechtlicher Natur sei, nicht zutreffend. Das Verfahren der gerichtlichen Hinterlegung ist als Prozessrecht grundsätzlich zum öffentlichen Recht zu zählen; Voraussetzungen und Wirkungen der gerichtlichen Hinterlegung aber richten sich nach dem Privatrecht. Das Hinterlegungsverhältnis schliesslich kann privatrechtlich oder öffentlich-rechtlichen Grundsätzen unterliegen (598).

(595) Art. 5 des Beschlusses der Bundesversammlung über die Abgabe von Milch, Milchprodukten und Speisefetten vom 29. September 1953; in: SR 916.350.

(596) von Tuhr/Peter, S. 284.

(597) vgl. vorn, S. 3 ff.

(598) vgl. nachfolgend, S. 185 ff.

E. Die Unterscheidung zwischen dem Grundverhältnis und dem Hinterlegungsverhältnis.

Bei der Frage, ob die gerichtliche Hinterlegung dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht unterliege, ist die Unterscheidung zwischen dem Hinterlegungsverfahren einerseits sowie dem sogenannten Hinterlegungsverhältnis und dem Grundverhältnis anderseits von Bedeutung.

I. Das Hinterlegungsverfahren.

Das Hinterlegungsverfahren kann vorweg ausgeschieden und darauf festgelegt werden, dass es als kantonales Prozessrecht grundsätzlich zum öffentlichen Recht gehört (599). Das Verfahren der gerichtlichen Hinterlegung kann aber nicht für sich allein und losgelöst von den Voraussetzungen und Wirkungen betrachtet werden. Es ist mit dem der Hinterlegung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner einerseits sowie dem Hinterlegungsverhältnis zwischen dem Hinterleger und der Hinterlegungsstelle anderseits eng verknüpft.

II. Der Unterschied zwischen dem Grundverhältnis und dem Hinterlegungsverhältnis.

1. Das Grundverhältnis:

Als Grundverhältnis wird das der Hinterlegung zugrunde liegende Rechtsverhältnis zwischen den Hinterlegungspar-

teilen bezeichnet (600). Der privatrechtliche Charakter des Grundverhältnisses ist unbestritten, richtet es sich doch nach den im materiellen Recht vorgegebenen Voraussetzungen zur Hinterlegung; die rechtlichen Beziehungen zwischen den Hinterlegungsparteien spielen sich zwischen privaten Parteien ab (601). Zum Beispiel liegt der "amtlichen" Hinterlegung nach Art. 451 Abs. 1 OR bei Bestreitung der auf dem Frachtgut haftenden Forderung durch den Empfänger ein Frachtvertrag zugrunde; oder der Hinterlegung nach Art. 92 Abs. 1 OR mit befreiender Wirkung ein obligationenrechtliches Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner, aus dem der Schuldner sich bei gegebenen Voraussetzungen aus der Schuldpflicht befreien kann. Auch die Tatsache, dass Teile des ganzen Institutes der Hinterlegung dem öffentlichen Recht angehören (602), vermag den privatrechtlichen Charakter des ersten Vertrages nicht anzutasten (603). Als Grundlage der gerichtlichen Hinterlegung ist das Grundverhältnis in den meisten Fällen (604) privatrechtlicher Natur.

2. Das Hinterlegungsverhältnis:

Als Hinterlegungsverhältnis wird die Rechtsbeziehung zwischen dem Hinterleger und der Hinterlegungsstelle bezeichnet.

Ob dieses Rechtsverhältnis privatrechtlicher Natur ist,

(600) Biedermann, S. 154 ff.

(601) Das öffentliche Recht kennt vereinzelt auch Tatbestände der gerichtlichen Hinterlegung (Oftinger, N 211 f. des

(602) vgl. hinten, S. 188. Systematischen Teils).

(603) Biedermann, S. 154.

(604) Ausnahmen (eher selten) bei Biedermann, S. 179.

richtet sich vorweg danach, ob die Hinterlegungsstelle privat oder öffentlich ist (605). Hierzu ist entscheidend, ob die öffentliche Stelle kraft staatlicher Hoheit oder in gleicher Weise wie ein Privater sich an der Hinterlegung beteiligt (606).

Das Hinterlegungsverhältnis ist öffentlich-rechtlich, wenn der Einzelrichter ein staatliches Institut als Hinterlegungsstelle bezeichnet (607); jedoch ist es privatrechtlicher Natur, wenn die Hinterlegung bei einer privaten Stelle (608) angeordnet wird. Die Errichtung, Organisation und Verwaltung der öffentlichen Hinterlegungsstellen sind Ausdruck der Ausübung staatlicher Hoheitsrechte und daher vom öffentlichen Recht beherrscht (609), wobei das öffentliche Recht dem Institut der Hinterlegung zu dienen hat, indem es den notwendigen Apparat zur Verfügung stellt, und nicht in erster Linie hoheitliche Funktionen ausübt.

Nun sind diejenigen Bestimmungen, die sich auf das Grundverhältnis beziehen, nicht immer einfach zu trennen von denen, die das sogenannte Hinterlegungsverhältnis zwischen dem Hinterleger und der Hinterlegungsstelle betreffen. Zum Beispiel können sich aus dem Hinterlegungsverhältnis zwischen dem Hinterleger und der Hinterlegungs-

(605) Subjektstheorie; vgl. vorn, S.178.

(606) Biedermann, S. 160;
Subordinationstheorie, vorn, S.177;
Diesbezüglich nicht differenziert: Imboden, S. 52;
Unklar: Gautschi, N 6 c der Vorbemerkungen zu Art.
472 ff. OR (Hinterlegungsvertrag).

(607) Zum Beispiel die Gerichtskasse.
Bei der Sicherheitshinterlegung können aber nicht
alle Normen über den Hinterlegungsvertrag zur An-
wendung gelangen (vgl. Bader, S. 499).

(608) Bank, Notar, Anwaltskanzlei.

(609) Biedermann, S. 178.

stelle auch rechtliche Wirkungen für eine Drittperson ergeben, die unter Umständen sogar dessen Eintritt in das Verhältnis zur Folge haben (610). Die Tatsache, dass zur Ermöglichung der Erfüllung das Einschalten einer Zwischenstation und damit eines dritten Partners in Gestalt der Hinterlegungsstelle nötig sein kann, lässt die Einteilung der Hinterlegung ins private oder ins öffentliche Recht in vielen Fällen problematisch erscheinen. Wenn zum Beispiel nach Obligationenrecht der Richter des Erfüllungsortes die Hinterlegungsstelle bezeichnet (611), wird damit eine Rechtsbedingung für die Gültigkeit der Hinterlegung und somit in bestimmten Fällen die Befreiung oder Sicherstellung des Schuldners bewirkt; jedoch wird ohne Zweifel das Hinterlegungsverhältnis von der Bezeichnung der Hinterlegungsstelle ebenso betroffen, indem die eine Vertragspartei des Hinterlegungsverhältnisses überhaupt erst nach der richterlichen Tätigkeit bestimmt werden kann. Für das Verfahren der sogenannten erleichterten Hinterlegung bei Waren (612) bestehen nicht einmal prozessrechtliche Vorschriften; hier haben also die privatrechtlichen Vorschriften des Obligationenrechts zu genügen.

(610) Biedermann, S. 154.

(611) Art. 92 Abs. 2 OR.

(612) vgl. vorn, S. 123.

F. Zusammenfassung.

Bei der gerichtlichen Hinterlegung in der Abgrenzung des öffentlichen zum Privatrecht ist zu unterscheiden:

- Das Verfahren der gerichtlichen Hinterlegung ist als in Zivilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz geregeltes Zivilprozessrecht Bestandteil des öffentlichen Rechts.
- Die der Hinterlegung zugrunde liegende und zur Hinterlegung führende Rechtsbeziehung zwischen Schuldner und Gläubiger ist als Grundverhältnis grundsätzlich privates Recht. Das öffentliche Recht kennt vereinzelt ebenfalls Hinterlegungstatbestände. Immer stehen sich gleichgestellte Vertragsparteien gegenüber.
- Die Rechtsnatur des Hinterlegungsverhältnisses zwischen dem Hinterleger und der Hinterlegungsstelle entscheidet sich danach, ob die Hinterlegungsstelle staatlich bzw. öffentlich oder privat ist.
Je nachdem ist das Hinterlegungsverhältnis öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich.

§ 15 Die gerichtliche Hinterlegung als einzelrichterliches Verfahren.

A. Allgemeines.

Die gerichtliche Hinterlegung kann nur mit der Bewilligung des Richters vorgenommen werden (613). Die richterliche Bewilligung ist unabdingbare Voraussetzung dafür, dass eine Hinterlegung als gerichtlich gilt. Mit der Bewilligung verbunden ist eine besondere richterliche Sicherung der jeweiligen Interessen der am Hinterlegungsstreit beteiligten Parteien des Grundverhältnisses; durch die richterliche Bewilligung schliesslich grenzt sich die gerichtliche von der sogenannten erleichterten Hinterlegung im Handelsverkehr ab (614).

Die richterliche Tätigkeit ist infolgedessen *condicio sine qua non* für die gerichtliche Hinterlegung. Sie prägt daher deren rechtliche Natur und ist im folgenden demzufolge näher zu umschreiben:

B. Das Kollegialgericht und der Einzelrichter.

Die Funktionen eines Zivilgerichtes werden entweder von einem Kollegium von Richtern (Kollegialgericht) oder von einem Einzelrichter ausgeübt. In der Schweiz bestehen mit Einzelrichter besetzte Gerichte vor allem für die erstinstanzlichen Prozesse vermögensrechtlicher Natur mit geringem Streitwert, sowie von Prozessen, die eine besonders rasche Erledigung erfordern (615), wie zum Beispiel

(613) vgl. vorn, S. 91 ff.

(614) vgl. vorn, S. 123.

(615) Guldener, S. 7.

diejenigen im summarischen Verfahren (616).

Dem System des Einzelrichters wird vor allem nachgerühmt, dass es geeignet sei, Tatkraft und Pflichtbewusstsein des Richters zu stärken, da er für seine Entscheidungen die ungeteilte Verantwortung trägt (617). Im Kanton Zürich sind an allen Bezirksgerichten Einzelrichter tätig, im summarischen und im beschleunigten Verfahren sowie in Zivil- und Strafsachen, je nach Streitwert bzw. Strafan drohung. An einzelnen Gerichten nimmt der Gerichtspräsi- dent oder ein dazu bestimmter Bezirksrichter die Funktion des Hinterlegungsrichters wahr.

C. Die gerichtliche Hinterlegung nach dem geltenden Zivil- prozessrecht.

Schon die alte Zivilprozessordnung von 1913 wies unter dem Abschnitt des Verfahrens in nichtstreitigen Rechtssachen die gerichtliche Hinterlegung dem Einzelrichter zu (618).

Gemäss heute geltender Zivilprozessordnung (619) ist die

(616) vgl. hinten, S. 195.

(617) Hauser/Hauser, S. 35.

(618) § 392 aZPO: "Die gerichtliche Hinterlegung von Geld, Wertpapieren und andern beweglichen Sachen bedarf der Erlaubnis des Einzelrichters."
Ueber die historische Entwicklung und die dogmati- sche Bedeutung des Einzelrichters in der Schweiz sowie die Beurteilung seiner Stellung, vgl. Engeler, S. 12 ff. und Hauser/Hauser, S. 34 Ziff. I der Vorbe- merkungen zu § 17 ff. aGVG.
vgl. ferner vorn, S.

(619) § 19 ff. GVG, insbesondere § 23 GVG;
§ 204 ff. ZPO, insbesondere § 215 Ziff. 40;
§ 219 Ziff. 1, Ziff. 10, Ziff. 22 und Ziff. 23 ZPO
sowie § 220 ZPO.

Bewilligung des Begehrens um gerichtliche Hinterlegung Sache des Einzelrichters im summarischen Verfahren.

Im Kanton Zürich sind an jedem erstinstanzlichen Gericht (Bezirksgericht) ein oder mehrere Einzelrichter tätig. Das Kollegialsystem (der Anspruch der Rechtsuchenden, durch ein Kollegium von mindestens drei Personen über ihren zur Diskussion stehenden Anspruch entschieden zu sehen) ist also für das Verfahren der gerichtlichen Hinterlegung durchbrochen zu Gunsten der Einzelrichterkompetenz (620). Als Einzelrichter amtiert der Gerichtspräsident oder ein Vizepräsident oder ein eigens dafür vom Gericht bestimmter Richter. Sein Amtssitz liegt am Hauptort des Bezirks (621). Er entscheidet im summarischen Verfahren ohne Rücksicht auf den Streitwert unter Vorbehalt des Rekursrechts (622). Die Bewilligung der gerichtlichen Hinterlegung ist dabei nur eines von zahlreichen in seine Kompetenz fallenden Geschäften im summarischen Verfahren.

(620) Walder, S. 62.

(621) § 2 GVG.

(622) § 23 GVG und § 272 ZPO;

In den einzelnen Bezirken des Kantons Zürich wird die gerichtliche Hinterlegung den folgenden gerichts-internen Instanzen zugeteilt:

Affoltern: Gerichtspräsident

Bülach: Gerichtspräsident

Dielsdorf: Gerichtspräsident oder ein dazu bestimmter Bezirksrichter als Referent

Hinwil: Gerichtspräsident oder Vizepräsident

Horgen: Vizepräsident im summarischen Verfahren

Meilen: Gerichtspräsident oder Vizepräsident, je nach Geschäftslast

Pfäffikon: Gerichtspräsident oder Vizepräsident

Uster: Vizepräsident oder Bezirksrichter, je nach Geschäftslast

Winterthur: Einzelrichter im summarischen Verfahren

Zürich: Einzelrichter im summarischen Verfahren, der neben der gerichtlichen Hinterlegung auch die Bauhandwerkerpfandrechte bearbeitet.

D. Die Mitwirkung des Gerichtsschreibers bzw. Gerichtssekretärs.

Speziell bei der gerichtlichen Hinterlegung ist die Tätigkeit des Gerichtsschreibers bzw. Gerichtssekretärs von Bedeutung. Nicht nur auf Landgerichten, wo oftmals Laien als Richter tätig und die Gerichtsschreiber einzig juristisch gebildete Mitarbeiter sind, sondern auch an andern Gerichten, welche praktisch nur aus Juristen bestehen, hat der Gerichtsschreiber bei der gerichtlichen Hinterlegung eine wichtige Funktion.

Zunächst ist er ganz allgemein in Zusammenarbeit mit dem Gerichtsweibel für die Besorgung der Kanzleigeschäfte des Gerichtes und der Präsidenten verantwortlich (623). Dazu gehören das Anlegen des Hinterlegungsgeschäftes, die erste Ueberprüfung der Voraussetzungen und die Fristansetzung zur Vernehmlassung (624). An den Verhandlungen und Beratungen, soweit solche im Verfahren der gerichtlichen Hinterlegung stattfinden, nimmt er mit beratender Stimme teil (625); die Durchführung von Vergleichsverhandlungen bzw. Verhandlungen über die Anerkennung der gerichtlichen Hinterlegung im Vorverfahren können ihm übertragen werden (626). In dringlichen Fällen kann er bei Verhinderung des Einzelrichters dringliche Verfügungen erlassen (627), so zum Beispiel die superprovisorische oder provisorische Be-
willigung (628) der gerichtlichen Hinterlegung erteilen.

(623) § 126 Abs. 1 GVG.

(624) vgl. vorn, S. 137 ff.

(625) § 134 Abs. 1 GVG.

(626) § 134 Abs. 2 GVG;
Zur Protokollführung vgl. § 141 Abs. 2 GVG.

(627) § 23 Abs. 2 GVG.

(628) vgl. vorn, S. 140.

Die Kompetenz des Gerichtsschreibers bzw. Gerichtssekretärs geht aber in der Praxis noch weiter:

Weil das Verfahren der gerichtlichen Hinterlegung als Vorverfahren unter den Gesichtspunkten des Zwecks des Verfahrens, der summarischen Ueberprüfung und der fehlenden Gerichtsbarkeit (629) einer Verwaltungstätigkeit eigentlich näher steht als der Rechtsprechung (630), ist es meistens der GS allein, welcher dieses Geschäft erledigt und auch die Hinterlegungsverfügung (Bewilligung oder Abweisung) unterzeichnet. "Die Auffassung, dass der Richter es sei, der Recht spreche (wie aus fast allen Prozessordnungen herausgelesen werden muss und wie sie im Volk, bzw. bei Laien gang und gäbe ist), ist daher nur bedingt richtig" (631). Im Fall der gerichtlichen Hinterlegung ist diese Ansicht ohnehin irreführend, weil zum einen nicht eigentlich Recht gesprochen wird und deshalb die Funktion eines Richters für dieses Geschäft "überqualifiziert" ist (632), und zum andern die gerichtliche Hinterlegung sich weitgehend als Verwaltungstätigkeit abspielt. Aus diesen Gründen ist in der Praxis der Gerichtsschreiber oder Gerichtssekretär oftmals allein mit der gerichtlichen Hinterlegung beauftragt, unter dem Vorbehalt der Genehmigung der nachträglichen Hinterlegungsverfügung durch den Einzelrichter (633).

(629) vgl. vorn, S. 131.

(630) vgl. hinten, S. 201.

(631) Engeler, S. 151.

(632) vgl. hinten, S. 204 ff.

(633) "Wo die reiche Lebenserfahrung eines Gerichtspräsidenten und die Tüchtigkeit eines juristisch geschulten Gerichtsschreibers in harmonischer Zusammenarbeit sich finden, braucht man um eine solide Rechtssprechung nicht zu fürchten" (Engeler, S. 38).

§ 16 Die gerichtliche Hinterlegung als summarisches Verfahren (634).

A. Allgemeines.

Seinen Wesen nach ist das summarische Verfahren ein abgekürztes Verfahren, in welchem den Parteien nicht alle Angriffs- und Verteidigungsmittel zu Gebot stehen wie im ordentlichen Prozess (635). Ordentlich steht im Gegensatz zum summarischen Prozess; in diesem Sinn ist ein ordentlicher Prozess auch ein solcher, der im beschleunigten Verfahren durchzuführen ist. Es können im summarischen Verfahren nicht sämtliche Abklärungen durch die an sich möglichen Beweismittel getroffen werden (636). Die Angriffs- und Verteidigungsmittel sind insofern beschränkt, als in der Regel Beweise (637) nur zu erheben sind, falls das Verfahren dadurch keine Verzögerung erleidet oder wenn der Kläger nicht auf das ordentliche Verfahren verwiesen werden kann (638). Besonders geeignet ist das summarische Verfahren für die Fälle, in welchen der streitige Anspruch lediglich glaubhaft zu machen ist, wie dies bei der gerichtlichen Hinterlegung der Fall ist (639).

(634) vorn, S. 103.

(635) Guldener, S. 584.

(636) Walder, S. 409.

(637) Als Beweismittel sind Zeugen und Experten ausgeschlossen.

(638) § 209 Abs. 2 ZPO.

(639) vorn, S. 134 ff.
§ 220 Abs. 1 ZPO.

B. Die Stellung der gerichtlichen Hinterlegung im summarischen Verfahren der Zürcher Zivilprozessordnung.

I. Die Bedeutung der gerichtlichen Hinterlegung als summarisches Verfahren.

Die neue Zivilprozessordnung verweist sämtliche Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in das summarische Verfahren, sofern sie vom Richter zu erledigen sind (640). Sodann werden auch gewisse sogenannte *causae minores* im summarischen Verfahren behandelt (641).

Die gerichtliche Hinterlegung ist im Grunde ein Institut der freiwilligen Gerichtsbarkeit und war daher schon in der alten Zivilprozessordnung als Gegenstand der freiwilligen Gerichtsbarkeit den nichtstreitigen Rechtssachen zugeteilt (642). Sie ist heute als Folge der Aufhebung der Kategorie der nichtstreitigen Rechtssachen Teil des summarischen Verfahrens. Die rechtliche Natur ist aber dieselbe geblieben. Auch wenn das Institut der gerichtlichen Hinterlegung neu klassifiziert wurde, ist es als Vorverfahren immer noch eine *causa minor* in dem Sinn, als sie ähnlich wie andere Geschäfte des summarischen Verfahrens (643) zivilprozessual weniger Bedeutung hat als zum Beispiel der "normale" ordentliche Zweiparteienprozess, dessen Funktion im Rahmen des Zivilprozessrechts doch erheblich wichtiger ist.

(640) § 211 ZPO.

(641) Guldener, S. 589;
Zum Beispiel § 215 Ziff. 2, Ziff. 12, Ziff. 28 oder
Ziff. 31 ZPO.

(642) vorn, S. 98 ff.

(643) Zum Beispiel die Berichtigung einer Eintragung im
Zivilstandsregister nach § 215 Ziff. 2 ZPO oder die
Beauftragung der Schätzungskommission nach § 215
Ziff. 28 ZPO etc.

II. Die Abgrenzung gegenüber den Fällen von § 221 ZPO.

Die gerichtliche Hinterlegung als Vorverfahren ist nicht zu verwechseln mit den Fällen, da die Feststellung der tatsächlichen Verhältnisse Schwierigkeiten bietet bzw. sie nicht genügend abgeklärt werden können und daher gemäss § 221 ZPO dem ordentlichen Gericht überwiesen werden.

Für die Bewilligung der gerichtlichen Hinterlegung müssen die Gründe dafür, also die tatsächlichen Verhältnisse, glaubhaft gemacht werden. Diese Glaubhaftmachung genügt bereits, um die Bewilligung zur gerichtlichen Hinterlegung zu erwirken. Illiquidität im Sinne von § 221 ZPO ist nicht möglich und daher gelangt die Ueberweisung an den ordentlichen Richter hier nicht zur Anwendung. Demgegenüber setzt der Einzelrichter im summarischen Verfahren der gerichtlichen Hinterlegung dem nach erstem Anschein an der Hinterlage **Minderberechtigten** Frist an zur Klageeinreichung beim ordentlichen Richter.

III. Die Abgrenzung gegenüber dem Verwaltungsverfahren.

Nicht nur im Bereich des Zivilprozessrechts übrigens besteht das einstmals unter der alten Zivilprozessordnung nichtstreitig genannte Verfahren, das heute ein summarisches ist. Auch im Verwaltungsverfahren wird unterschieden zwischen dem nichtstreitigen Verwaltungsverfahren, welches sich vor den Verwaltungsbehörden abspielt (644) und dem Verwaltungsstreitverfahren (645) vor dem Verwaltungsgericht (646).

(644) Zweiter Abschnitt des VRG, § 4 ff.

(645) Dritter Abschnitt des VRG, § 32 ff.

(646) Kölz, N 1 zu § 1 VRG.

C. Die wichtigsten Merkmale.

I. Die Zuständigkeit und der Verfahrensablauf.

Für die Behandlung der Prozesse und der gerichtlichen Hinterlegung im summarischen Verfahren ist der Einzelrichter zuständig (647). Die Wahl des Verfahrens vor dem summarischen oder dem ordentlichen Richter steht dem Kläger nur beschränkt zu (648), da die Zuständigkeiten im Gesetz abschliessend geregelt sind.

Was den äusseren Gang der gerichtlichen Hinterlegung als summarisches Verfahren betrifft, so ist beiden am Verfahren beteiligten Parteien Gelegenheit zu geben, ihre Standpunkte dem Einzelrichter darzulegen; im Verfahren der gerichtlichen Hinterlegung wird dies durch die Vernehmlassung (649) ermöglicht. In der Regel ist der Richter berechtigt, aber nicht verpflichtet, im summarischen Verfahren eine förmliche Parteiverhandlung in der Form einer mündlichen Hauptverhandlung anzuordnen. Bei der gerichtlichen Hinterlegung wird darauf gewöhnlich verzichtet, da diese im nachfolgenden ordentlichen Prozess durchgeführt wird. Ueberhaupt ist das formelle Vorgehen im summarischen Verfahren allgemein und der gerichtlichen Hinterlegung speziell, vereinfacht. Das Begehren wird beim Einzelrichter mündlich oder schriftlich anhängig gemacht (650) und soll kurz begründet werden (651).

Als Beweismittel stehen dem Einzelrichter im summarischen Verfahren die persönliche Befragung der Parteien, schrift-

(647) § 23 GVG.

(648) Sträuli/Messmer, N 10 vor § 204 ZPO.

(649) vgl. vorn, S. 137 ff.

(650) § 205 ZPO.

(651) vorn, S. 136.

liche Auskünfte, Augenschein und Urkunden zur Verfügung. In der Praxis findet ein Beweisverfahren nur in sehr beschränktem Rahmen statt. Der Einzelrichter stützt sich beim Entscheid über die Bewilligung oder Verweigerung der gerichtlichen Hinterlegung im wesentlichen auf die persönliche Befragung des Gesuchstellers und allenfalls auf schriftliche Auskünfte (652); unter Umständen fordert er Urkunden ein, wenn dies zur Klärung eines Sachverhaltes beitragen kann (653).

II. Die Säumnisfolgen.

Bezüglich der Säumnisfolgen besteht für das summarische Verfahren generell die Besonderheit, dass nur einmal vorgeladen wird und erstmaliges unentschuldigtes Fernbleiben bereits Säumnisfolgen nach sich zieht (654).

Im Vorverfahren der gerichtlichen Hinterlegung indessen wird dem oder den Beklagten nur zur Vernehmung Frist angesetzt mit der Folge, dass bei Säumnis auf Grund der Sachdarstellung des Klägers entschieden und mithin bei glaubhaft gemachten Gründen die Hinterlegung bewilligt wird.

(652) zum Beispiel eines Arbeitgebers oder eines Bankinstitutes bei der Hinterlegung aufgrund einer Lohnzession.

(653) zum Beispiel ein Auszug aus einem Einwohnerregister einer Gemeinde bei unbekanntem Aufenthalt eines Gläubigers oder ein Auszug aus dem Handelsregister, wenn Unklarheiten über die internen Befugnisse einer Gesellschaft herrschen.

(654) § 207/8 ZPO.

III. Die Rechtskraft und die Rechtsmittel.

Was die Rechtskraft und die Rechtsmittel angeht, kann auf vorn (655) verwiesen werden.

§ 17 Folgerungen aus der rechtlichen Natur der gerichtlichen Hinterlegung.

A. Allgemeines.

Dieses dritte Kapitel behandelte den rechtlichen Charakter der gerichtlichen Hinterlegung und untersuchte diesen unter verschiedenen Gesichtspunkten.

Bereits in der Einleitung zum dritten Kapitel ist in § 12 die Frage aufgeworfen worden, ob die Tätigkeit des Einzelrichters im Vorverfahren der gerichtlichen Hinterlegung, obwohl das prozessuale Vorgehen sich nach kantonalem Verfahrensrecht bestimmt, zum eigentlichen Zivilprozessrecht gehöre, oder sie nicht blosser Verwaltungstätigkeit sei (656).

Diese Frage ist nun abschliessend noch einmal aufzugreifen und anhand des Dargestellten zu beantworten.

B. Die gerichtliche Hinterlegung im Lichte der wichtigsten Kriterien ihrer Rechtsnatur.

I. Rechtsprechung und Rechtsanwendung.

Die Hauptaufgabe der Gerichte ist die Rechtsprechung (657). Diese besteht in der autoritativen Anwendung der abstrakten Rechtsnormen auf den konkreten Einzelfall. In diesem Sinn ist die Rechtsanwendung nicht nur Sache der Gerichte, sondern auch der Verwaltungsbehörden. Es ist zu unterscheiden die Rechtsprechung auf dem Gebiet des Privatrechts (Rechtsweg der Gerichte) einerseits und andererseits die Rechtsan-

(656) vgl. vorn, S. 153.

(657) Guldener, S. 20.

wendung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts (Verwaltungsweg bzw. -verfahren) durch die Verwaltungsbehörden, soweit diese nicht durch Straf- und Verwaltungsgerichte erfolgt.

Im Vorverfahren der gerichtlichen Hinterlegung wird der Einzelrichter tätig, ohne einen Rechtsstreit materiell zu entscheiden. Er prüft bloss, ob das formelle Kriterium der Glaubhaftmachung hinreichender Gründe für die Hinterlegung erfüllt sei. Seine Tätigkeit ist also nicht Rechtsprechung im Sinne von Streiterledigung zwischen zwei Rechtssubjekten (658). Erst im ordentlichen Verfahren, das im Anschluss an das Vorverfahren der gerichtlichen Hinterlegung zur Durchführung gelangt (659), wird über die Berechtigung an der Hinterlage rechtskräftig entschieden.

II. Das Verwaltungsverfahren.

Das Verwaltungsverfahren ist dadurch gekennzeichnet, dass einerseits ein Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechts zwischen staatlicher Obrigkeit und Bürger Gegenstand des Verfahrens ist, anderseits hier nur eine einzige Partei der rechtsanwendenden Verwaltungsbehörde gegenübersteht (660), im Gegensatz zu dem im Zivilprozess stattfindenden Zweiparteienverfahren (661). Zudem stehen im Verwaltungsverfahren nicht alle Beweismittel vollständig zur Verfügung; die Zeugeneinvernahme und die persönliche Befragung sind ausgeschlossen (662).

(658) Walder, S. 3.

(659) vgl. vorn, S. 142.

(660) vgl. vorn, S. 100/101.

(661) Walder, S. 5.

(662) Kölz, N 13 zu § 7 VRG.

Dem Einzelrichter im summarischen Verfahren stehen im Vorverfahren der gerichtlichen Hinterlegung direkt ebenfalls nicht zwei oder mehr Parteien gegenüber; Rechtssubjekt ist der um die Hinterlegung nachsuchende Kläger. Erst im Vernehmlassungsverfahren werden unter Umständen weitere Parteien in das Verfahren miteinbezogen. Diese zur Vernehmlassung eingeladenen Parteien sind aber nicht am Hinterlegungsverhältnis (663) beteiligt, sondern stehen dem gesuchstellenden Kläger im Grundverhältnis gegenüber und sind somit bloss indirekt an der gerichtlichen Hinterlegung beteiligt. Das eigentliche Zweiparteienverfahren findet erst im nachfolgenden ordentlichen Verfahren im Streit um die Berechtigung an der Hinterlage statt.

Der Einzelrichter verfügt zudem, ähnlich wie die Verwaltungsbehörden im Verwaltungsverfahren, nicht über alle Beweismittel (664).

Schliesslich ist das Vorverfahren der gerichtlichen Hinterlegung vor dem Einzelrichter wie jedes Gerichtverfahren ebenfalls ein Rechtsverhältnis zwischen staatlicher Obrigkeit und Bürger. Dasselbe gilt im Hinterlegungsverhältnis, wenn die vom Einzelrichter bezeichnete Hinterlegungsstelle öffentlich ist (665).

(663) vgl. vorn, S. 186 ff.

(664) § 209 ZPO und § 7 VRG.

(665) zum Beispiel die Gerichtskasse.

III. Das nichtstreitige Verfahren.

Auf das nichtstreitige Verfahren wurde bereits hingewiesen (666). Es wurde definiert als "Verfahren der Behörden bei der Begründung, Aenderung oder Aufhebung von Privatrechten, oder zur Erhebung und Feststellung eines Sachverhaltes auf einseitigen Antrag von Privaten."

Die gerichtliche Hinterlegung ist schon unter der alten Zivilprozessordnung dem nichtstreitigen Verfahren zugeordnet gewesen, und zwar in der Meinung, dass hier entweder übereinstimmende Anträge mehrerer an einem Rechtsverhältnis Beteiligten auf Bewilligung der Hinterlegung oder aber ein einseitiger Antrag eines allein dazu Berechtigten vorliege. Die behördliche Mitwirkung sollte dabei der Entstehung neuer Rechte bzw. der Beglaubigung von Tatsachen bei der Errichtung von Rechtsgeschäften dienen. In diesem früher nichtstreitig genannten Verfahren (noch heute zutreffender Sinn) ist die Tätigkeit des Einzelrichters eine behördliche Mitwirkung bei einer Verwaltungshandlung, nämlich die amtliche Bestätigung der erfolgten Hinterlegung oder der Erfüllung einer Obligation durch den Schuldner und damit des Erlöschens des Rechtsverhältnisses.

C. Die Folgerungen.

Die beschriebene Aehnlichkeit des Verfahrens der gerichtlichen Hinterlegung mit dem Verwaltungsverfahren und dem nichtstreitigen Verfahren sowie die fehlende Gerichtsbarkeit legen den Schluss nahe, dass das Verfahren der gerichtlichen Hinterlegung ebenso gut oder besser vor Verwaltungsbehörden stattzufinden hätte wie vor dem Einzelrichter. Es scheint,

dass die Funktion des Einzelrichters, dessen Tätigkeit sich in der Praxis darauf beschränkt, bloss die Glaubhaftmachung hinreichender Gründe, die sich aus dem materiellen Recht ergeben, summarisch zu überprüfen, für diese Aufgabe im Grunde überqualifiziert ist (667).

Biedermann (668) ist in diesem Zusammenhang der Ansicht, dass Kontrollvorschriften, wie sie das Zürcher Zivilprozessrecht kennt, und welche zur richterlichen Bezeichnung der Hinterlegungsstelle hinzutreten (669) nicht notwendig seien. Die richterliche Tätigkeit der Bezeichnung der Hinterlegungsstelle sei ohnehin beinahe zur vollkommenen Bedeutungslosigkeit herabgesunken, zumindest dann, wenn bei einem Gericht hinterlegt werde.

Tatsächlich würden beim Fehlen der prozessrechtlichen Vorschriften über die gerichtliche Hinterlegung weder berechnigte Interessen einer Partei oder der Hinterlegungsstelle verletzt noch ungehörig nicht berücksichtigt. Bei zu Unrecht erfolgter Hinterlegung kann der Gläubiger immer noch auf dem Weg des Zivilprozesses die Unwirksamkeit der erfolgten Hinterlegung feststellen lassen. Die Hinterlegungsstelle ihrerseits wird auf jeden Fall für ihre Kosten entschädigt und hat am anschliessenden Parteienstreit über die Berechtigung an der Hinterlage keinen weiteren Anteil.

Immerhin aber ist den zivilprozessualen Vorschriften eine gewisse Zweckmässigkeit nicht abzusprechen. Durch ihren polizeilichen Charakter werden nämlich oftmals unnötige Prozesse und damit eine übermässige und ungerechtfertigte Belastung der Behörden vermieden. Zugleich sind die Vor-

(667) vgl. vorn, S. 154 und 194.

(668) Biedermann, S. 127 f.

(669) Art. 92 Abs. 2 OR.

schriften in einem gewissen Sinn Kaufteile für den Gläubiger (670).

Entscheidend schliesslich ist die Tatsache, dass das materielle Bundesrecht die Hinterlegung durch den Richter vorsieht (671). Das kantonale Prozessrecht ist also mithin verpflichtet, für diese Fälle die richterliche Bewilligung der Hinterlegung vorzusehen.

(670) Biedermann, S. 128.

(671) vgl. Art. 92 Abs. 2 OR.

4. KAPITEL: DIE WIRKUNGEN.

=====

§ 18 Einleitung.

Das Thema der gerichtlichen Hinterlegung wäre nicht vollständig bearbeitet, wenn nach den Voraussetzungen (672), dem Gang des Verfahrens (673) und der Rechtsnatur (674) nicht nun abschliessend auch noch deren Wirkungen behandelt würden.

Die Wirkungen der Hinterlegung folgen grundsätzlich dem materiellen Recht (675). Dieses bestimmt, in welchen Fällen die Hinterlegung von der Schuldpflicht zu befreien vermag (676) und wann sie bloss Sicherheitscharakter hat.

Die Hinterlegung entfaltet in mehrerer Hinsicht Wirkungen (677). Eine erste Gruppe davon umfasst jene, welche das Gesetz unmittelbar an den Hinterlegungsakt anknüpft und das Rechtsverhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger (Grundverhältnis) betreffen. Die zweite Kategorie von Wirkungen sind diejenigen, welche aus dem Hinterlegungsvertrag hervorgehen (Hinterlegungsverhältnis).

Im allgemeinen (678) bedeutet die Hinterlegung nicht Erfüllung (679). Es kann daher mit derselben die Betreibung, die Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen etc. nicht

(672) vorn, S. 1 ff.

(673) vorn, S. 95 ff.

(674) vorn, S. 153 ff.

(675) Sträuli/Messmer, N 10 zu § 220 ZPO.

(676) BGE 79 II 283.

(677) Portmann, S. 29 ff.

(678) Zum Beispiel Art. 36, 70, 83 etc. OR;
oder Art. 38, 69, 83 SchKG.

(679) Sträuli/Hauser, N 1 zu § 392 aZPO.

abgewendet werden (680). Vorbehalten sind die Fälle von Art. 92 OR (Gläubigerverzug). Sodann ist der Tatbestand des Prätendentenstreits in Art. 168 OR zwar besonders geregelt, bildet jedoch einen Anwendungsfall von Art. 96 OR (681). Wie im folgenden ausgeführt wird, ist die "gerichtliche" Hinterlegung des Art. 168 OR jedoch auch wiederum nichts anderes als die Hinterlegung nach Art. 92 OR (682). Es gibt eine Reihe von Tatbeständen, bei denen man zwar nicht von Gläubigerverzug sprechen kann, die aber dieselben Wirkungen auslösen (683): So können zum Beispiel berechnigte Zweifel und Ungewissheit über die Person des Gläubigers bestehen, insbesondere bei Forderungen, die vom ursprünglichen Gläubiger abgetreten worden sind, ohne dass dem Schuldner davon Mitteilung gemacht worden ist; oder güterrechtliche Verhältnisse unter Ehegatten können unklar sein; oder im Frachtvertragsrecht kann der Empfänger nicht ermittelt werden bzw. dieser will die auf dem Frachtgut lastenden Forderungen nicht bezahlen (Art. 444 und Art. 451 OR); bei einer Liquidation einer Aktiengesellschaft kann wegen Nichtanmeldung von Forderungen oder wegen Streits über Forderungen die Auszahlung nicht stattfinden (Art. 744 OR); oder es wird ein akzeptierter Wechsel nicht zur Zahlung präsentiert (Art. 1032 OR).

In all diesen Fällen hat die Hinterlegung unter analoger Anwendung von Art. 92 OR über den Gläubigerverzug dieselbe Wirkung (684).

In vielen andern Fällen erfolgt die Hinterlegung bloss

(680) ZR 14 Nr. 158; ZR 27 Nr. 65; ZR 28 Nr. 42.

(681) BGE 63 II 57.

(682) von Tuhr/Escher, S. 77 N 3.

(683) Guhl/Merz/Kummer, S. 228;
Sträuli/Messmer, N 10 zu § 220 ZPO.

(684) hinten, S. 214 ff.

sicherheitshalber (685); dannzumal wird der Schuldner von seiner Schuldpflicht nicht befreit.

Damit die Hinterlegung überhaupt Wirkungen entfalten kann, muss sie am richtigen Ort und bei der richtigen Stelle erfolgen (686). Die Hinterlegung am falschen Ort ist wirkungslos, ausser der Gläubiger erkläre die Annahme des für ihn Hinterlegten.

(685) hinten, S. 211 ff.

(686) vorn, S. 108 und S. 117.

§ 19 Die Wirkungen der Hinterlegung im Grundverhältnis
zwischen Gläubiger und Schuldner.

A. Allgemeines.

Das der Hinterlegung zugrunde liegende Rechtsverhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger wurde bereits in der Abgrenzung zum sogenannten Hinterlegungsverhältnis behandelt (687).

In diesem Grundverhältnis ist die Forderung des Gläubigers gegenüber dem Schuldner ein relatives Recht. Der Gläubiger steht grundsätzlich nur dem Schuldner gegenüber und kann aus dieser Forderung Dritten gegenüber keinerlei Rechte ableiten (sogenannt obligatorisches Rechtsverhältnis); demgegenüber gehören zum Beispiel die Sachenrechte, wie Besitz und Eigentum, zur Klasse der absoluten Rechte oder Ausschlussrechte, weil die Herrschaft der Berechtigten gegenüber jedem Dritten, der als Störer auftritt, zur Geltung gebracht werden kann (688).

Die Wirkungen der Hinterlegung im Grundverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner sind dementsprechend obligatorischer Natur, d.h. auf das Rechtsverhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger beschränkt, im Gegensatz zu den Wirkungen im Hinterlegungsverhältnis, die dinglich sind und damit gegenüber jedem Dritten Geltung haben (689).

Auf das Grundverhältnis hat die Hinterlegung insofern Auswirkungen, als sie entsprechend dem Rechtsverhältnis verschiedene Folgen in der Rechtsbeziehung zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger zeitigen: Die Hinterlegung ist

(687) vorn, S. 185 ff.

(688) von Tuhr/Peter, S. 9.

(689) hinten, S. 236.

Erfüllung, Erfüllungssurrogat oder sie erfolgt sicherheits-
halber.

B. Die Wirkungen der Sicherheitshinterlegung.

I. Die Sicherheitshinterlegung im allgemeinen (690).

Neben der Realsicherung durch Pfandrecht oder Sicherungs-
übereignung und der Personalsicherung durch Bürgschaft und
ähnliche Institute (691) ist die Hinterlegung ein weiteres
Mittel zur Sicherheitsleistung. Sie kommt in der Praxis
ebenso oft, wenn nicht öfter (692) als die Hinterlegung
erfüllungshalber bzw. als Erfüllungssurrogat vor und erfolgt
durch den Schuldner mit der Klausel, dass der Verwahrer die
hinterlegte Sache an den Gläubiger herausgeben soll, sobald
dessen Forderung gegen den Schuldner fällig ist. Der Zweck
der Sicherheitshinterlegung ist es, für die Verwirklichung
der unbedingt in Rechtskraft erwachsenen Ansprüche oder der
nicht befriedigten Forderungen eine Garantie zu schaffen
(693). Es ist die Aufgabe der Gerichte, nicht nur die Rechts-
streitigkeiten zu entscheiden, sondern auch eventuell die
streitigen Ansprüche zu sichern. Damit aber die geleistete
Sicherheit durch das Verhalten der Parteien nicht ihrem
Zweck entfremdet werden kann, nimmt die vom Einzelrichter
im summarischen Verfahren bezeichnete Hinterlegungsstelle
das Sicherungsobjekt in Besitz und Verwahrung.

Wenn zum Beispiel ein Mieter in Konkurs fällt, so ist der

(690) vorn, S. 70.

(691) vgl. von Tuhr/Peter, S. 140.

(692) Beispiele gesetzlich vorgeschriebener Sicherheits-
leistungen bei Ostertag, S. 354.

(693) Portmann, S. 36/37.

Vermieter zur Auflösung der Miete bzw. zur Kündigung des Mietvertrages berechtigt, sofern ihm nicht binnen angemessener Frist für die rückständigen und später fälligen Mietzinse Sicherheit geleistet wird (694). In diesem Fall kann die Sicherheit für die verlangten Mietzinsen durch gerichtliche Hinterlegung des entsprechenden Geldbetrages beim Einzelrichter im summarischen Verfahren geleistet werden.

Die Befriedigung des Gläubigers nach eingetretener Fälligkeit der Forderung erfolgt sodann aus der Hinterlage.

II. Die rechtliche Konstruktion der Sicherheitshinterlegung.

Das Recht des durch die Hinterlegung von Geld oder andern beweglichen Sachen gesicherten Dritten wird als Pfandrecht am hinterlegten Gegenstand konstruiert (695). Für das schweizerische Recht ist diese Konstruktion nach Ansicht von Ostertag und Bader nicht verwendbar (696).

Nach Meinung von Ostertag (697) ist das Recht am hinterlegten Geld oder der hinterlegten Sache zu erklären aus der Abrede der Hinterlegungsparteien zugunsten des berechtigten Dritten. Die Wirkungen der Sicherheitshinterlegung sind diejenigen eines privatrechtlichen Vertrages zugunsten Dritter nach Art. 112 OR (698). Nach dieser Ansicht macht es für die privatrechtliche Wirkung der Hinterlegung denn auch keinen Unterschied, ob die Hinterlegung bei einer privaten

(694) Art. 266 OR.

(695) Portmann, S. 38; Oftinger, N 215 (vgl. vorn, S. 72).

(696) Ostertag, S. 354; Bader, S. 500/501.

(697) Ostertag, S. 353.

(698) hinten, S. 235.

Stelle (Bank, Notar, Anwaltskanzlei) erfolgt oder bei einer öffentlichen (Gerichtskasse, Depositenanstalt).

Ob diese Meinung in allen Teilen zutreffend ist, erscheint fraglich. Es ist nämlich darauf zu verweisen, dass einerseits der die gerichtliche Hinterlegung bewilligende Einzelrichter im Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner nicht private Vertragspartei ist (699); er ist vielmehr eine zur Sicherung des Gläubigeranspruchs eingeschaltete Instanz. Andererseits ergeht die Bewilligung zur gerichtlichen Hinterlegung im summarischen Verfahren bedingt und gilt bloss bis zur Streiterledigung im ordentlichen Verfahren; sie bewirkt in diesem Sinn also nicht eine definitive Aushingabe des hinterlegten Gegenstandes an den Berechtigten.

Meines Erachtens würde die Sicherheitshinterlegung besser als rein prozessrechtliche Anweisung bezeichnet.

C. Die Wirkungen der Hinterlegung als Erfüllung.

Die gerichtliche Hinterlegung als Erfüllung (700) hat ohne Ausnahme die gleichen Wirkungen wie die Erfüllung, d.h. sie löscht das Schuldverhältnis und bringt sämtliche Nebenrechte wie Bürgschaft, Pfandrecht, Konventionalstrafe etc. zur Löschung (701). Der Schuldner wird insofern befreit, als die Hinterlegung vertragsgemäss erfolgt ist, also zum Beispiel auch mit den auflaufenden Zinsen. Die Sache muss genauso hinterlegt werden, wie sie zur Zeit der Hinterlegung geschuldet wird.

(699) vgl. hinten, S. 230 ff.

(700) vorn, S. 64.

(701) Portmann, S. 35.

Die Wirkungen der Hinterlegung als Erfüllung gehen also weiter als diejenigen der Sicherheitshinterlegung und der Hinterlegung als Erfüllungssurrogat, indem das ganze Schuldverhältnis untergeht und nicht bloss etwa nur die eine Seite im Schuldverhältnis befreit wird.

D. Die obligatorischen Wirkungen der Hinterlegung als Erfüllungssurrogat.

Auf den Unterschied zwischen den dinglichen Wirkungen der Hinterlegung im Hinterlegungsverhältnis und den obligatorischen ist bereits in der Einleitung (702) hingewiesen worden. Die obligatorischen Wirkungen sind nachfolgend zu behandeln, während die dinglichen Wirkungen im Hinterlegungsverhältnis bei der Behandlung des Hinterlegungsverhältnisses (703) dargestellt werden.

I. Die Befreiung.

Die Hinterlegung hat nicht in erster Linie den Zweck, den säumigen Gläubiger durch den Ersatz der Erfüllung zu befriedigen, sondern den erfüllungsbereiten Schuldner, der infolge Nichtannahme seiner ordnungsgemäss angebotenen Leistung seitens des Gläubigers in der Erfüllung des Schuldverhältnisses gehindert wird, von seiner Verbindlichkeit zu befreien (704). Die Erreichung dieses Ziels ist nun aber lange nicht so einfach wie bei der gewöhnlichen Erfüllung, da eine dritte Instanz zwischen die Vertragsparteien eingeschaltet werden muss. Erst durch

(702) vorn, S. 207 ff.

(703) hinten, S. 236.

(704) Biedermann, S. 215 ff; Portmann, S. 30; Becker, N 10 und N 17 zu Art. 92 OR; Imboden, S. 63.

die Lösung der zusätzlichen Bindung zwischen den Vertragsparteien und der Hinterlegungsstelle kommt auch die gewünschte Erledigung der Verpflichtung zwischen Schuldner und Gläubiger zustande.

Mit der Hinterlegung geht nur die Verbindlichkeit des Schuldners unter, das Schuldverhältnis als ganzes bleibt jedoch bestehen bis zur Annahmeerklärung durch den Gläubiger; auch erfolgt der Untergang der Schuldverpflichtung nicht bedingungslos, sondern ist bloss ein vorläufiger.

II. Die Nebenrechte.

Mit der Hinterlegung gehen die Nebenrechte (Bürgschaft, Pfandrecht, Retentionsrecht) ebenfalls unter; sie leben bei Rücknahme der Hinterlegung durch den Schuldner wie die Hauptforderung wieder auf (705).

III. Der Uebergang von Kosten und Gefahr.

Mit der Hinterlegung gehen Kosten und Gefahr auf den Gläubiger über, sofern sie nicht schon aufgrund des Annahmeverzugs auf ihn übergegangen sind (706).

(705) Art. 94 Abs. 2 OR; Portmann, S. 31.

(706) Biedermann, S. 227.

IV. Die Zinsfreiheit.

Der Gläubiger kann sich nach der Hinterlegung nur noch aus der Hinterlage bezahlt machen (707). Daher hat der Schuldner die Schuld auch nicht mehr zu verzinsen. Die Zinsfreiheit tritt schon deshalb ein, weil dem Schuldner infolge der Hinterlegung, die ihre Ursache in der Nicht-Aannahme des Gläubigers hat, der Genuss des Schuldobjektes abgeht. Er braucht deswegen auch keinen Ersatz für nicht gezogenen Nutzungen zu leisten. Auch die Verzugszinsen und die Konventionalstrafe fallen weg, sofern letztere auf die Nicht-Erfüllung festgesetzt ist.

V. Der Ausschluss der Verrechnung nach Art. 125 OR (708).

Verpflichtungen zur Rückgabe oder zum Ersatz hinterlegter (und weiterer in Art. 125 OR festgelegter) Sachen können wider Willen des Gläubigers nicht durch Verrechnung getilgt werden (Art. 125 Ziff. 1 OR). Die Verrechnung ist ausgeschlossen, weil die Schuld untergeht (709); sie müsste, trotz der Rückwirkung bei einer allfälligen Rücknahme durch den Schuldner, vor der Hinterlegung erklärt werden, da sie den Fortbestand von Forderung und Gegenstand voraussetzt (710).

Bei der gewöhnlichen Hinterlegung entsteht eine unver-rechenbare Speziesschuld; es kann sich hier nur um das depositum irregulare des Art. 481 OR handeln (711), welches

(707) Portmann, S. 31.

(708) von Tuhr/Escher, S. 299.

(709) ZR 18 Nr. 122.

(710) Becker, N 17 zu Art. 92/94 OR.

(711) BGE 45 III 249.

sich seinerseits durch die Unverrechenbarkeit vom Darlehen unterscheidet (712).

Die Verrechnung einer Kautions ist dagegen nicht ausgeschlossen (713).

E. Der Schwebezustand.

I. Der Eintritt und die Wirkungen.

Mit der Hinterlegung ist der Schuldner von seiner Verpflichtung befreit. Es besteht aber bis zum allfälligen Untergang des Schuldverhältnisses ein Schwebezustand, während welchem der Schuldner gegen den Gläubiger nicht nur die Einrede hat, sondern eine Einwendungstatsache vorliegt, die vom ordentlichen Richter direkt zu beachten ist (714). Der geltend zu machende Verweis auf die Hinterlegung ist dabei nicht nur ein persönliches Recht des Schuldners, sondern es liegt der Eintritt einer gesetzlichen Folge vor. Trotzdem ist ein Wiederaufleben der Forderung aber möglich.

Der Schuldner hat sowohl beim Erfüllungssurrogat als auch

(712) Oser/Schönenberger, N 16 zu Art. 481 OR; vorn, S. 78.

(713) SJZ 20, S. 213;
vgl. aber Sträuli/Messmer, N 8 zu § 220 ZPO.

(714) Einreden sind den aufhebenden Gestaltungsrechten nahestehende Rechte des Beklagten im Prozess, die geschuldete Leistung aus besonderem Grund zu verweigern. Die Erhebung der Einrede ist Ausübung eines Rechts.
Demgegenüber sind Einwendungen zugunsten des Beklagten wirkende (neue, rechtshindernde oder rechtsaufhebende) Tatsachen, die vorgebracht werden.
vgl. dazu von Tuhr/Peter, S. 27 ff.

bei der Sicherheitshinterlegung mit der Hinterlegung das getan, was ihm unter den gegebenen Umständen zuzumuten war. Er wird deshalb von seiner Leistungspflicht befreit. Jedoch kann das Forderungsrecht des Gläubigers nach der Ausübung des Rücknahmerechts durch den Schuldner wieder Wirkungen zeitigen; dies gilt nur dann nicht, wenn die Hinterlegung als Erfüllung erfolgt.

Der Schwebezustand nach erfolgter Hinterlegung ist vergleichbar mit der Rechtslage bei einer Versendungsschuld. Mit der Versendung der Ware hat der Schuldner alles getan, wozu er verpflichtet ist. Solange der Gläubiger die Sache noch nicht in seine Macht bekommen hat, schwebt über dem ganzen Verhältnis die Möglichkeit einer Rücknahme durch den Schuldner. Solche Schwebezustände finden sich auch noch an einigen andern Stellen im Obligationenrecht (715).

II. Die Anzeigepflicht.

Nicht von Gesetzes wegen, aber aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich für den Schuldner die Verpflichtung, dem Gläubiger die Hinterlegung anzuzeigen (716). Bei Unterlassung hat er den Schaden des Gläubigers zu ersetzen, der in Unkenntnis der Hinterlegung entstand, zum Beispiel, wenn der Gläubiger Aufwendungen für die Rechtsverfolgung gemacht hat.

(715) Zum Beispiel bei Fehlen der Zustimmung zu Handlungen von Handlungsunfähigen oder der Genehmigung bei einer Vertretungsmacht oder bei einer nicht eingetretenen Bedingung.

(716) von Tuhr/Peter, S. 176;
zur Anzeigepflicht im allgemeinen: von Tuhr/Escher, S. 78;
Biedermann, S. 134.

Die Anzeigepflicht durch den Schuldner hat verschiedene Gründe:

Die Lage des Gläubigers ist nach der Hinterlegung eine andere als vorher. Zum einen wird die Bringschuld in eine Holschuld umgewandelt. Zum andern werden Kosten und Gefahr mit der Hinterlegung auf den Gläubiger überbunden. Weil dadurch aber die Rechtsstellung des Gläubigers gegenüber dem Schuldner verschlechtert wird, muss dem Gläubiger die Möglichkeit einer geeigneten Gegenmassnahme gegeben sein.

Ob allerdings die Wirksamkeit der Hinterlegung von der Anzeige an den Gläubiger abhängig gemacht werden könne (717), ist fraglich (718). Nach herrschender Meinung (719) geht die Bedeutung der Anzeige nämlich weniger weit.

Die Anzeige muss auf jeden Fall rechtzeitig erfolgen. Eine verspätete Anzeige käme für die verflossene Zeit keiner Anzeige gleich und würde ebenfalls Schadenersatz nach sich ziehen. Ist der Wohnort des Gläubigers unbekannt, muss der Schuldner auf dem Weg der amtlichen Publikation (720) seine Hinterlegung bekannt geben.

Bei Gläubigerstreit nach Art. 168 OR hat der Schuldner immerhin die Personen, die möglicherweise als Gläubiger in Betracht kommen, zu benachrichtigen bzw. der zuständigen Stelle, d.h. dem Einzelrichter im summarischen Verfahren mit dem Gesuch um Hinterlegung bekannt zu geben, damit dieser die entsprechende Verfügung treffen kann.

(717) Rossel, Nr. 197.

(718) Biedermann, S. 135.

(719) Nach Oser/Schönenberger, N 4 zu Art. 92 OR hat die Anzeige an den Gläubiger an sich keine Rechtswirkung, sie ist nur "nicht ausgeschlossen".

(720) § 183 und § 187 GVG.

Wegen der nachfolgenden Mitteilung des Einzelrichters im Vernehmlassungsverfahren ist es diesfalls nicht notwendig, dass auch noch der Schuldner die Anzeige an den oder die Gläubiger vornimmt.

III. Die Beendigung des Schwebezustandes.

Es bestehen zwei verschiedene Möglichkeiten, den mit der Hinterlegung eingetretenen Schwebezustand zu beenden:

1. Das Rücknahmerecht des Schuldners:

Entsprechend dem Art. 112 Abs. 3 OR kann der Schuldner nach Art. 94 Abs. 1 OR und ebenso nach Art. 475 OR die Hinterlage wieder zurücknehmen, solange der Gläubiger die Annahme der Hinterlegung nicht erklärt hat.

Nimmt der Schuldner die Hinterlage zurück, so endet der Schwebezustand. Der Schuldner kann nicht mehr auf die Hinterlage verweisen, der Gläubiger seinerseits ist jedoch nicht befriedigt. Die Hinterlegung ist hinfällig geworden, das Schuldverhältnis ohne alle Einschränkung wieder in Kraft (Art. 94 Abs. 2 OR), d.h. mit allen Nebenrechten.

Die Rücknahme ist eine Erklärung des Schuldners bzw. Hinterlegers an die Hinterlegungsstelle, mit welcher die Hinterlage zurückverlangt oder wenigstens ihre Auslieferung an den Gläubiger untersagt wird. Es handelt sich um die Ausübung eines aufhebenden Gestaltungsrechts; besser würde es mit dem Begriff Widerruf bezeichnet (721).

Nicht richtig ist die Ansicht, infolge Rücknahme lebe die

(721) von Tuhr/Escher, S. 80.

Forderung des Gläubigers wieder auf. Die Forderung des Gläubigers und das Schuldverhältnis überhaupt, waren nie erloschen und können demzufolge auch nicht wieder aufleben. Die Erfüllung der Obligation war bloss gehemmt, die Obligation eine Zeit lang - während des Pendenzzustandes - ausser Kraft. Durch die Rücknahme wird auch die Hinterlegung als Erfüllung verunmöglicht; und bei der Hinterlegung sicherheitshalber kann der Hinterleger die Rückgabe an ihn selber verlangen, wenn die Bedingung nicht eintritt, unter welcher hinterlegt wurde, oder wenn der Begünstigte die Zuwendung an ihn zurückweist (722).

Das Rücknahmerecht wird vom Hinterleger praktisch durch Rückzug des Begehrens um Hinterlegung beim Einzelrichter im summarischen Verfahren oder durch Klagerückzug im ordentlichen Verfahren ausgeübt und bewirkt eine formelle Prozesserledigung (723).

2. Die Annahmeerklärung des Gläubigers (Art. 112 Abs. 2 OR):

Anderseits kann der Gläubiger die Erklärung abgeben, dass er die Hinterlage annehme. Dadurch tritt das Rechtsverhältnis ebenfalls aus dem Schwebestadium. Denn der Gläubiger hat mit der Annahmeerklärung die Zuwendung der Leistung akzeptiert; er kann die Hinterlage auch dann annehmen, wenn sie nicht dem entspricht, was ursprünglich zwischen den Parteien abgemacht wurde. Der Vertrag ist mit der Annahmeerklärung perfekt geworden, das Widerrufsrecht geht unter (724).

(722) Ostertag, S. 356.

(723) vorn, S. 152.

(724) Portmann, S. 24.

Der Gläubiger hat die Annahme der Hinterlage dem Gericht zu erklären bzw. dem das Hinterlegungsgesuch prüfenden Einzelrichter im Vorverfahren der Hinterlegung, zum Beispiel im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens (725), oder dem ordentlichen Richter nach angehobener Klage.

3. Der Zusammenhang zwischen Rücknahmerecht und Annahmeerklärung:

Das Rücknahmerecht und die Annahmeerklärung stehen in einem bestimmten Verhältnis zueinander und sind voneinander abhängig.

Der Schuldner ist solange berechtigt, die Hinterlage wieder zurückzunehmen, als der Gläubiger deren Annahme nicht erklärt hat oder als nicht infolge der Hinterlegung ein Pfandrecht aufgehoben worden ist (Art. 94 Abs. 1 OR). Nach Annahme durch den Gläubiger ist die schuldbefreiende Wirkung der Hinterlegung definitiv und kann auch nicht durch eine Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner beseitigt werden. Wird verabredet, dass die Schuld gegen Rücknahme der Hinterlage weiterbestehen soll, so hat die Verabredung nicht die in Art. 94 Abs. 2 OR angeordnete rückwirkende Wirkung. Es entsteht eine neue Verpflichtung des Schuldners im bisherigen Betrag (726).

Das Rücknahmerecht als Ausfluss der Beziehungen zwischen Schuldner und Hinterlegungsstelle und die Annahmeerklärung des Gläubigers sind zwei sich widersprechende Forderungsrechte, nach deren Auseinandersetzung erst über die endgültige Befreiung entschieden werden kann. Solange der Schuldner von dem ihm zustehenden Rücknahmerecht Gebrauch

(725) vorn, S. 137.

(726) von Tuhr/Escher, S. 80, N 34.

machen kann, ist die Hinterlegung widerruflich. Mit der Annahmeerklärung durch den Gläubiger wird sie hingegen unwiderruflich. Die Priorität zwischen Annahme des Gläubigers und Widerruf des Schuldners richtet sich danach, welche von beiden Erklärungen zuerst bei der Hinterlegungsstelle eingetroffen ist (727).

Das Widerrufsrecht gehört zum Vermögen und daher zur Konkursmasse des Schuldners und kann infolgedessen von dieser ausgeübt werden. Die Rückforderung des Schuldners und das mit ihr verbundene Widerrufsrecht kann von andern Gläubigern gepfändet oder selber ausgeübt werden, solange der Gläubiger, für den hinterlegt ist, die Annahme nicht erklärt hat.

Der Schuldner wird erst nach Ausschluss des Rücknahmerechts und der Annahme der Leistung durch den Gläubiger endgültig befreit.

4. Das Urteil des ordentlichen Richters:

Schliesslich wird der Schwebezustand aufgehoben durch ein rechtskräftiges Urteil des im Anschluss an das Hinterlegungsverfahren den Hinterlegungsstreit beurteilenden ordentlichen Richters. Dieser spricht entweder die Hinterlage einer der am Hinterlegungsstreit beteiligten Parteien rechtskräftig zu oder beendet den Prozess mit einem formellen Endentscheid infolge Rückzugs oder Anerkennung.

F. Die Schuldbefreiung (728).

I. Der Unterschied zwischen Befreien und Erlöschen.

Bei der Hinterlegung als Erfüllung oder als Erfüllungssurrogat wird der Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreit. Ist die Hinterlegung zugleich Erfüllung, geht die Obligation unter (729).

Die Wirkung der Hinterlegung als Erfüllungssurrogat ist aber nicht ganz die der Erfüllung. Abgesehen von den Folgen bezüglich der dinglichen Wirkungen (730), ist die Befreiung des Schuldners hier keine definitive, sondern das Schuldverhältnis ist nur in seiner Wirksamkeit gehemmt (731). Durch die Hinterlegung hat der Gläubiger, solange er sie nicht angenommen hat, keinen Vorzug vor den übrigen Gläubigern des Schuldners. Er verdient diesen Vorzug nicht, da die Hinterlegung durch seinen Annahmeverzug veranlasst ist (anders, wenn die Hinterlegung zum Zweck der Sicherstellung erfolgt). Das Schuldverhältnis als ganzes geht nicht unter; einzig die Verbindlichkeit des Schuldners ist durch die Hinterlegung für die Zeit des Schwebezustandes nicht in Kraft.

Während also die Erfüllung der Obligation das ganze Rechtsverhältnis zum Erlöschen bringt und damit sowohl die Schuldner- als auch die Gläubigerseite ihrer Rechte und Pflichten enthoben ist, wirkt sich die Befreiung aus der Schulpflicht nur für die eine Seite, nämlich den Schuldner aus, indem nur er, und auch nicht definitiv, von seiner Verbindlichkeit befreit wird.

(728) vorn, S. 214.

(729) Portmann, S. 34.

(730) hinten, S. 236 ff.

(731) Oser/Schönenberger, N 6 bis N 8 zu Art. 92 OR;
Imboden, S. 70.

Dass die Befreiung aus der Schuldpflicht mit dem Erlöschen derselben nicht identisch ist, zeigt sich am Beispiel von Art. 861 Abs. 2 ZGB (732), nach welcher Vorschrift der Schuldner sich zwar durch die Hinterlegung befreit, dieselbe aber ihm dann nicht aus der Verlegenheit hilft, wenn er das Kapital abbezahlt hat und den Titel herausbekommen möchte; diesen vermag ihm die Hinterlegung nicht zu verschaffen.

II. Der Moment der Schuldbefreiung.

Sowohl bei der Sicherheitshinterlegung als auch bei der Hinterlegung als Erfüllung bzw. Erfüllungssurrogat fällt der Moment der Schuldbefreiung zusammen mit dem Akt der Hinterlegung (733).

III. Die Folgen der Schuldbefreiung.

Mit der Hinterlegung hat der Schuldner alles getan, was ihm zuzumuten war. Sein Teil der Verpflichtung ist erfüllt. Daher trägt der Gläubiger ab dem Zeitpunkt der Hinterlegung Kosten und Gefahr (734). Der Schuldner wird bis zum Ausschluss des Rücknahmerechts auf seiner Seite entweder durch die Annahme des Gläubigers oder den eigenen Verzicht bzw. ein richterliches Urteil von der Schuldpflicht befreit. Nimmt er die Hinterlage wieder zurück, fallen ihm auch die Kosten wieder zu (735).

(732) Ort für die Zahlungen aus Schuldbrief und Gült bei unbekanntem Wohnsitz des Gläubigers.

(733) Biedermann, S. 255.

(734) vorn, S. 215.

(735) Biedermann, S. 228.

§ 20 Die Wirkungen der Hinterlegung im Hinterlegungsverhältnis zwischen Hinterleger und Hinterlegungsstelle.

A. Allgemeines.

Die Wirkungen der Hinterlegung beschränken sich nicht bloss auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger (Grundverhältnis); denn zur ursprünglichen Obligation hinzu treten noch je die Rechtsbeziehungen von Schuldner und Gläubiger im Verhältnis zur Hinterlegungsstelle (Hinterlegungsverhältnis). Auf das sogenannte Hinterlegungsverhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger wurde bereits hingewiesen (736); es ist im folgenden näher zu umschreiben.

Sowohl bei der Hinterlegung als Erfüllung als auch bei der Sicherheitshinterlegung gelten zwischen dem Schuldner und der Hinterlegungsstelle die Bestimmungen über den Hinterlegungsvertrag nach Art. 472 ff. OR (737). Die Hinterlegung kann als Vertrag zugunsten Dritter nach Art. 112 OR konstruiert werden (738). Das Hinterlegungsverhältnis zwischen Schuldner und Hinterlegungsstelle hat schliesslich dinglich Wirkungen im Sinne des sachenrechtlichen Uebergangs von Besitz und Eigentum (739).

(736) vorn, S. 185.

(737) von Tuhr/Escher, S. 78;
Oser/Schönenberger, N 5 zu Art. 92 OR;
Ostertag, S. 354;
Imboden, S. 48;
Portmann, S. 19;
Becker, N 12 zu Art. 92/94 OR.

(738) von Tuhr/Escher, S. 78;
Oser/Schönenberger, N 5 zu Art. 92 OR;
Ostertag, S. 353 ff.;
Imboden, S. 48 und S. 53;
Portmann, S. 21;
Becker, N 12 zu Art. 92/94 OR;
hinten, S. 232.

(739) hinten, S. 237 ff.

B. Das Hinterlegungsverhältnis als Hinterlegungsvertrag.

I. Der Hinterlegungsvertrag.

Die Hinterlegung besteht in einem Hinterlegungsvertrag im Sinne von Art. 472 ff. OR, welchen der Schuldner mit der Hinterlegungsstelle schliesst (740).

1. Der Inhalt des Vertrages:

Der Inhalt des Hinterlegungsvertrages ist die Aufbewahrung der hinterlegten Sache. Da der Vertrag nur durch die Uebergabe des Schuldobjektes zustande kommt, ist der Hinterlegungsvertrag ein Realkontrakt (741).

Der Hinterlegungsvertrag muss, um für den Schuldner befreiende Wirkung zu haben, so geschlossen sein, dass der Gläubiger von der Hinterlegungsstelle dasselbe verlangen kann, was ihm der Schuldner zur Zeit der Hinterlegung schuldet. Die Hinterlegung eines Checks genügt nicht (742). Bei Speziesschulden muss die Sache als reguläres Depositum (743) hinterlegt werden; bei Gattungsschulden, insbesondere Geldschulden, kann der Schuldner mit der Hinterlegungsstelle ein irreguläres Depositum nach Art. 481 OR (744) schliessen. Zinsen kann der Gläubiger nur dann verlangen, wenn dies mit dem Schuldner verabredet war; der Schuldner ist dazu aber nicht verpflichtet.

(740) von Tuhr/Escher, S. 78.

(741) Gautschi, N 6 d zu Art. 472 ff. OR, S. 605;
Portmann, S. 19, N 3;
a.M.: Oser/Schönenberger, N 14 zu Art. 472 OR.

(742) SJZ 29, S. 231.

(743) vorn, S. 76.

(744) vorn, S. 78.

Allgemein ist für den Schuldner von Bedeutung, dass, wenn er für seine Leistung eine Gegenleistung oder Ersatz der seit Annahmeverzug gemachten Aufwendungen zu verlangen hat, er durch Verabredung mit der Hinterlegungsstelle das Recht des Gläubigers auf Empfang der Hinterlage davon abhängig machen kann, dass dieser die Gegenleistung an die Hinterlegungsstelle entrichtet (745). Allgemein also kann die Berechtigung des Gläubigers an der Hinterlage von einer Leistung seinerseits abhängig gemacht werden, so von einer Gegenleistung oder von Aufwendungen (746).

Für den Einzelrichter im summarischen Verfahren bedeutet dies aber nicht, dass er diese Verpflichtung in die Bewilligungsverfügung aufzunehmen hätte; wohl kann er dies als Orientierung an die Parteien tun, eine Rechtspflicht besteht aber dazu nicht. Denn der Schuldner hat die Verabredung, dass der Gläubiger die Hinterlage erst herausverlangen könne nach entsprechender Gegenleistung, in erster Linie mit der Hinterlegungsstelle zu schliessen.

Ob dasselbe auch bezüglich der Hinterlegungskosten verabredet werden könne, ist fraglich (747).

(745) von Tuhr/Escher, S. 79.

(746) Oser/Schönenberger, N 5 zu Art. 92 OR.

(747) zustimmend: von Tuhr/Escher, S. 79;
a.M.: Becker, N 13 zu Art. 92/94 OR: Der Gläubiger kann die Sache nur gegen Uebernahme der Kosten an sich ziehen und wird so gegenüber der Hinterlegungsstelle ebenfalls zum Schuldner.

2. Die Essentialia des Vertrages:

Zum Begriff des Hinterlegungsvertrages gehören notwendig:

- a) eine hinterlegungsfähige bewegliche Sache (748), wie Geld, Wertpapiere und andere bewegliche Sachen;
- b) die Verpflichtung der Hinterlegungsstelle zur Aufbewahrung, was nicht nur passives Erhalten beinhaltet, sondern ebenso die Pflicht zur positiven Leistung und der In-Obhut-nahme (custodia), d.h. auch all jene Vorkehren, die zur Erhaltung der Sache im Hinblick auf die Notwendigkeit späterer unversehrter Rückgabe nötig sind; dafür haftet die Hinterlegungsstelle dem Hinterleger (749);
- c) die Verpflichtung zur Rückgabe der Sache (750), und zwar auf erstes Verlangen des Gläubigers bzw. Hinterlegers (751);
- d) eine entsprechende Vereinbarung zwischen den Parteien.

3. Die Rechtsnatur des Vertrages:

Der Hinterlegungsvertrag ist ein unvollkommener zweiseitiger Vertrag; die in Art. 473 OR genannten Pflichten (Vergütung, falls vereinbart oder nach den Umständen gegeben; Auslagen) des Hinterlegers kommen nur dann zur Anwendung, wenn die Hinterlegung besondere Auslagen und Schäden verursacht.

(748) vorn, S. 57.

(749) vorn, S. 181 ff.

(750) Gautschi, N 1 e zu Art. 472 OR, S. 589.

(751) vorn, S. 220.

II. Ist der Hinterlegungsvertrag privates oder öffentliches Recht ?

Die Meinungen darüber, ob die gerichtliche Hinterlegung dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zugehören, gehen auseinander.

1. Die privatrechtliche Meinung:

Nach der einen Meinung (752) unterstehen nur Rechtsverhältnisse, die vom Staat oder andern öffentlich-rechtlichen Körperschaften in Ausübung ihrer öffentlichen Funktionen dem privatrechtlichen Hinterlegungsvertrag entsprechende Verhältnisse begründen, dem öffentlichen Recht, zum Beispiel bei Verwahrung von Geld oder Wertsachen Dritter. Gelegentlich können dabei privatrechtliche Vorschriften zur Ausfüllung von Lücken des öffentlichen Rechts analoge Anwendung finden. Geht ein Gemeinwesen aber mit Privaten in gleichberechtigter Stellung, wie namentlich als Gewerbetreibender oder als Hinterlegungsstelle, Hinterlegungsverträge ein, so gilt grundsätzlich Zivilrecht.

Die Hinterlegung besteht in einem Hinterlegungsvertrag nach Art. 472 ff. OR auch dann, wenn die Sache bei einer öffentlichen Kasse hinterlegt wird (753). Die Auffassung der Hinterlegung als eines privatrechtlichen Vertrages rechtfertigt sich dadurch, dass das OR in Art. 94 Abs. 1 das Rechtsverhältnis zwischen dem Schuldner und der Hinterlegungsstelle ordnet. Es wäre nach dieser privatrechtlichen Ansicht seltsam, wenn öffentliches oder privates

(752) Oser/Schönenberger, N 25 zu Art. 472 OR;
Ostertag, S. 353/354.

(753) BGE 72 I 15.

Recht anzuwenden wäre, je nachdem die Hinterlegungsstelle eine öffentliche Kasse oder eine Privatperson wäre (754).

Die Hinterlegung bei einer öffentlichen Stelle ist auch dann als privatrechtlicher Vertrag zu qualifizieren, wenn die Hinterlegung von Sachen als Erfüllungssurrogat bei Gläubigerverzug auf der Gerichtskasse öffentlich-rechtlichen Charakter hat und das Verfahren der gerichtlichen Hinterlegung in den Vorschriften des Zivilprozesses, der grundsätzlich dem öffentlichen Recht angehört, geregelt ist (755).

2. Andere Meinungen:

Schwierigkeiten für die Unterstützung der privatrechtlichen Natur der Hinterlegung ergeben sich daraus, dass erst ein weiteres Verhältnis zwischen dem Hinterleger und der Hinterlegungsstelle der schuldnerischen Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger zur Befreiung bzw. Sicherstellung verhilft. Hier können sich öffentlich-rechtliche Elemente zeigen, wenn die Hinterlegungsstelle nicht irgendeine Privatperson ist, sondern eine staatliche Behörde, wie zum Beispiel die Gerichtskasse. Die Einteilung ins private oder ins öffentliche Recht richtet sich dann jeweils aber immer noch danach, ob die öffentliche Stelle kraft staatlichen Hoheitsrechtes oder in gleicher Weise wie eine Privatperson sich an der Hinterlegung beteiligt (756).

Der Hinterlegungsvertrag zwischen dem Schuldner und der Hinterlegungsstelle richtet sich nach Art. 472 ff. OR nur

(754) von Tuhr/Escher, S. 78, N 17.

(755) Gautschi, N 6 c der Vorbemerkungen zu Art. 472 OR.

(756) Biedermann, S. 160.

soweit nicht öffentlich-rechtliche Bestimmungen Platz greifen (757).

Nach der eben aufgezeigten Ansicht ist der zwischen dem Schuldner und der Hinterlegungsstelle kontrahierte Vertrag ein rein privatrechtlicher, wenn die Hinterlegungsstelle eine private ist. Sollte die Hinterlegungsstelle aber einmal ein öffentliches Institut sein, so hätten wir es mit einer öffentlich-rechtlichen Hinterlegung zu tun (758).

C. Das Hinterlegungsverhältnis als Vertrag zu Gunsten Dritter.

I. Die Hinterlegung als Erfüllung bzw. Erfüllungssurrogat.

Das Eigentümliche und zugleich Wesentliche an der gerichtlichen Hinterlegung ist die Tatsache, dass der Zweck derselben nicht allein auf die den Hinterlegungsvertrag kennzeichnende Verwahrungsabsicht gerichtet ist, sondern vor allem auf das daneben bestehende Rechtsverhältnis des Hinterlegers mit einem Dritten, nämlich dem Gläubiger des Grundverhältnisses Wirkungen ausübt (759).

Die Hinterlegung ist also ein dreiseitiges Verhältnis, bei dem aber bei Abschluss des Vertrages nur zwei Parteien als Kontrahenten zugegen sind, nämlich der versprechende Schuldner und die Hinterlegungsstelle als Versprechungsempfänger. Diese begünstigen eine dritte Partei aus dem Vertrag und verleihen dieser ein unmittelbares Forderungsrecht, welches

(757) Becker, N 12 zu Art. 92/94 OR.

(758) Imboden, S. 51.

(759) Oser/Schönenberger, N 21 zu Art. 472 OR.

jederzeit klagbar gemacht werden kann. Diese Vertragsart ist zu unterscheiden von der Stellvertretung; ebensowenig ist sie eine Geschäftsführung ohne Auftrag von Seiten der Hinterlegungsstelle (760).

Da die Hinterlegung "für den Gläubiger" erfolgt, ist sie ein Vertrag zugunsten des Gläubigers. Es gelangt somit Art. 112 OR über den Vertrag zugunsten Dritter zur Anwendung (761). Bei diesem Vertrag werden zwei indirekte Zuwendungen vollzogen. Die eine, welche die Hinterlegungsstelle dem Schuldner verschafft durch die Herausgabe an den Gläubiger, ist nicht von solchem Interesse wie die zweite, die vom Schuldner an den Gläubiger erfolgt. Durch die Leistung der Hinterlegungsstelle an den Gläubiger erhält dieser einen Vermögensvorteil, der auf den Schuldner zurückzuführen ist und ein typisches Beispiel einer Zuwendung *solvendi causa* darstellt (762).

Der Dritte nun, d.h. der Gläubiger des Grundverhältnisses kann grundsätzlich auf zwei verschiedene Arten begünstigt werden: entweder durch den sogenannten Vertrag auf Leistung an einen Dritten (unechter Vertrag zugunsten eines Dritten), in welchem er selber nicht forderungsberechtigt ist (Art. 112 Abs. 1 OR), oder durch den Vertrag zugunsten eines Dritten, bei welchem der Gläubiger des Grundverhältnisses ein eigenes Forderungsrecht hat (Art. 112 Abs. 2 OR).

(760) Becker, N 11 zu Art. 192/94 OR.

(761) von Tuhr/Escher, S. 78;
Oser/Schönenberger, N 5 zu Art. 92 OR;
Becker, N 11 zu Art. 92/94 OR;
Biedermann, S. 185;
Portmann, S. 21;
Imboden, S. 48 ff.
Ostertag, S. 353.

(762) Biedermann, S. 189/190.

Die gerichtliche Hinterlegung ist auf den ersten Blick, wenn sie nicht als Vertrag sui generis qualifiziert werden soll, ein echter Vertrag zugunsten Dritter, in welchem der Gläubiger oder sein Rechtsnachfolger die Erfüllung selbständig fordern kann. Dies geschieht durch die Annahmeerklärung oder die Klage auf Herausgabe; jedoch kann der Gläubiger nur dann selbständig fordern, wenn es die Willensmeinung des Schuldners und der Hinterlegungsstelle war oder wenn es der Uebung entspricht. Bei der gerichtlichen Hinterlegung liegt nun aber kein freigewählter Vertrag zugunsten Dritter vor; es ist also fraglich, ob das selbständige Forderungsrecht des Gläubigers dem Willen des Gesetzes entspricht und ob es dieses Recht dem Gläubiger zubillige oder nicht (763). Die folgenden Gründe sprechen für die Annahme eines echten Vertrages zugunsten eines Dritten:

Der Schuldner hat die geschuldete Sache auf Kosten und Gefahr des Gläubigers zu hinterlegen. Dem Gläubiger muss also die Möglichkeit gegeben sein, durch die Annahme der Hinterlage den Zweck der Hinterlegung zur Erfüllung zu bringen, mit andern Worten, auch dem Gläubiger muss ein gewisser Schutz für die Kosten und die Gefahr gegeben sein.

Ein weiterer Hinweis ist die Tatsache, dass nach Art. 94 OR der Schuldner die Sache wieder zurücknehmen kann, sofern der Gläubiger die Annahme nicht erklärt hat. Diese Bestimmung ist genau dem Art. 112 Abs. 3 OR nachgebildet. Die Anwendung des echten Vertrages zugunsten Dritter ist also für die gerichtliche Hinterlegung durchaus gerechtfertigt.

Wie bei der gewöhnlichen Erfüllung normalerweise nicht

(763) Biedermann, S. 186.

eine Annahmepflicht vorliegt, so ist der Gläubiger auch nach der Hinterlegung keinesfalls zur Abhebung der Hinterlage verpflichtet. Weist er hingegen die Begünstigung an ihn zurück, muss dies vom Schuldner und der Hinterlegungsstelle nicht beachtet werden, da der Schuldner nur auf dem Weg der Hinterlegung von seiner Schuldpflicht befreit wird und dies nicht einseitig durch den Gläubiger vereitelt werden darf. Will der Gläubiger überhaupt keinen Anspruch mehr auf die Leistung erheben, so muss er mit Bezug auf den ihn begünstigenden Hinterlegungsvertrag und damit auch für das Grundverhältnis eine Vereinbarung über den Erlass der Forderung treffen, die zwei sich entsprechende Willenserklärungen braucht.

II. Die Hinterlegung als Sicherstellung.

Auch bei der Hinterlegung als Sicherstellung liegt ein Vertrag zugunsten eines Dritten vor (764), der ebenfalls mit einem gewöhnlichen Verwahrungsvertrag verknüpft ist. Nur hängt die Herausgabe der Sache nicht mehr vom Ereignis allein auf der Gläubigerseite ab, sondern erst die Erledigung eines Streites zwischen Schuldner und Gläubiger oder der Eintritt eines andern Vorkommnisses entscheidet über das weitere Schicksal der Hinterlage. Mit der Herausgabe geschieht die gleiche Zuwendung des Schuldners an den Gläubiger wie bei der Hinterlegung als Erfüllungssurrogat, allerdings bloss im Umfang des Betrages, der sich im Urteil des Streites als die wirkliche Schuld herausstellt. Die Wirkungen der Hinterlegung als Erfüllungssurrogat und der Sicherstellung sind gleich: zwei unmittelbare Zuwendungen solvendi causa lassen eine

(764) vorn, S. 212.

Schuld und zugleich die Verpflichtung der Hinterlegungsstelle zur Rückgabe der Sache erlöschen. Die Hinterlegung geschieht beim Erfüllungssurrogat zur Befreiung einer Schuld, bei der Sicherstellung in der Hoffnung, die Schuld nicht bezahlen zu müssen. In beiden Fällen dient sie dazu, bestimmte Nachteile abzuwenden.

D. Die dinglichen Wirkungen der Hinterlegung.

I. Allgemeines zu den dinglichen Wirkungen.

Auf die Abgrenzung zwischen den obligatorischen und den dinglichen Wirkungen der gerichtlichen Hinterlegung wurde bereits hingewiesen (765). Neben den obligatorischen erzeugt die Hinterlegung auch sachenrechtliche Wirkungen im Bereich des Besitz- und Eigentumsübergangs.

Nachdem die obligatorischen Wirkungen im Grundverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner aufgezeigt worden sind (766), ist nun noch kurz auf die dinglichen im Hinterlegungsverhältnis einzugehen.

Die Gesetze haben bei der Hinterlegung keine besonderen Bestimmungen über die dinglichen Wirkungen aufgestellt. Sie begnügen sich mit der Aufzählung der obligationenrechtlichen Wirkungen, sodass hinsichtlich der dinglichen Wirkungen die sachenrechtlichen Vorschriften zur Anwendung gelangen.

(765) vorn, S. 210 ff.

(766) vorn, S. 214 ff.

II. Der Besitz (767).

1. Die Besitzverhältnisse vor der Annahme bzw. Rücknahme:

Besitz bedeutet die tatsächliche Herrschaft oder Gewalt über eine Sache (768). Das Gesetz unterscheidet in Art. 920 ZGB: Wer eine Sache als Eigentümer besitzt, hat selbständigen, der andere unselbständigen Besitz.

Die vom Schuldner hinterlegte Sache gelangt mit der Hinterlegung in den Besitz der Hinterlegungsstelle. Während der Schuldner als Hinterleger selbständiger Besitzer bleibt, wird die Hinterlegungsstelle unselbständige Besitzerin (769). Sie ist, obwohl sich die Hinterlage in ihrer unmittelbaren tatsächlichen Gewalt befindet, nicht Eigentümerin. Indem die Hinterlegungsstelle die Hinterlage verwahrt, besitzt sie zunächst für den Schuldner und den Gläubiger. Sie hat daher die Interessen beider zu wahren (770).

Wenn Besitz die tatsächliche Gewalt über die Hinterlage bedeutet, so übt der Schuldner diese mit dem ihm zustehenden Anspruch auf jederzeitige Rücknahme der Sache aus (771). Einen Anspruch auf jederzeitige Herausgabe (772) räumt der Schuldner dem Gläubiger durch seinen mit der Hinterlegungsstelle abgeschlossenen Hinterlegungsvertrag ein. Der Schuldner ist also zwar noch im Besitz der hinterlegten Sache, jedoch ist es nunmehr auch der Gläubiger.

(767) Imboden, S. 55 ff.

(768) Art. 919 ZGB;
Zur umstrittenen Frage, ob zum Besitz auch der Wille zu besitzen erforderliche sei, vgl. Tuor/Schnyder, S. 468.

(769) Oser/Schönenberger, N 36 zu Art. 472 OR.

(770) Imboden, S. 56.

(771) vorn, S. 220.

(772) hinten, S. 243 ff.

Nach Art. 924 ZGB kann der Besitz unter besonderen Umständen ohne Uebergang der Sache erworben werden. Also befinden sich sowohl die Hinterlegungsstelle als auch der Schuldner als auch der Gläubiger im Besitz der Hinterlage. Die Hinterlegungsstelle und der Gläubiger allerdings haben nur unselbständigen Besitz; selbständigen Besitz an der Sache hat ihr Eigentümer, der Schuldner.

2. Die Besitzverhältnisse nach der Annahme bzw. Rücknahme:

Sowohl der Gläubiger als auch der Schuldner haben gegen die Hinterlegungsstelle einen Rücknahme- bzw. Herausgabeanspruch. Mit der Annahmeerklärung durch den Gläubiger bzw. die Rücknahme durch den Schuldner ändern sich die Besitzverhältnisse an der Hinterlage:

a) Macht der Gläubiger von seinem Recht Gebrauch, indem er der Hinterlegungsstelle die Annahme erklärt, oder verzichtet der Schuldner auf sein Rücknahmerecht bzw. wird die Hinterlegung überhaupt unwiderruflich (773), so wird der Gläubiger "definitiv" Besitzer der Sache. Die Hinterlegungsstelle besitzt nur noch für ihn allein.

b) Macht der Schuldner seinerseits von seinem Rücknahmerecht Gebrauch, so fällt die Hinterlegung dahin. Es treten die Wirkungen derselben nicht ein und die Forderung des Gläubigers besteht wieder mit allen Nebenrechten. Es wird nicht nur der Besitz des Gläubigers aufgehoben, sondern der Schuldner verbleibt selbständiger Besitzer, weil er ja das Eigentum an ihr infolge der Hinterlegung nicht verloren hatte.

(773) vorn., S. 215.

III. Stück (Species-)schulden und Gattungs (Genus-)schulden.

1. Die Hinterlegung von Geld und andern Gattungsschulden:

Geldschulden sind grundsätzlich Gattungsschulden. Hinterlegtes Geld, soweit es nicht, wie zum Beispiel im Fall, da bestimmte Münzsorten hinterlegt werden, als Stück- oder Sachschuld hinterlegt wird, geht nicht nur in den Besitz, sondern auch in das Eigentum der Hinterlegungsstelle über. Der Schuldner verliert also das Eigentum an dem von ihm hinterlegten Geld, nicht aber das Rücknahmerecht. Dieser Anspruch geht nämlich nicht auf die Sache selbst, sondern auf Rückerstattung einer gleich grossen Summe. Es liegt ein Fall des depositum irregulare nach Art. 481 OR vor (774). In ihrer sachenrechtlichen Wirkung ist die Hinterlegung beim irregulären Depositum eine Zessionsofferte an den Gläubiger (775). Die Hinterlegungsstelle als Eigentümerin ist nur verpflichtet, dem Gläubiger eine gleich grosse Summe für die deponierte herauszugeben, ebenso dem Schuldner, wenn er sein Rücknahmerecht ausübt. Es tritt also der Anspruch auf Herausgabe eines gleich grossen Kapitals samt Zinsen an Stelle der Sache selbst. Mit der Auszahlung desselben überträgt die Hinterlegungsstelle zugleich mit dem Besitz auch das Eigentum auf den Gläubiger (776).

(774) vorn, S. 78.

(775) Imboden, S. 58.

(776) Portmann, S. 32.

2. Die Hinterlegung von Stückschulden:

Sachen, die als Stückschuld hinterlegt werden, sind von der Hinterlegungsstelle auch wieder als Stückschuld herauszugeben. Das Eigentum geht dabei nicht auf die Hinterlegungsstelle über. Wird zum Beispiel, wie dies gewöhnlich nicht der Fall ist, Geld als Sach- oder Stückschuld hinterlegt, haben wir es mit einer solchen Hinterlegung zu tun. Das Geld ist als Kostbarkeit zu betrachten und demzufolge auch als solches unverändert geblieben. Die Hinterlegung jeder andern beweglichen Sache - in der Praxis der häufigste Fall - ist hier einzuordnen.

IV. Das Eigentum.

1. Die Eigentumsübertragung im allgemeinen:

Die Eigentumsübertragung an Fahrnis (Uebereignung) geschieht durch die Uebergabe des Besitzes, die Tradition. Der blosse Vertrag (Kauf, Tausch, Schenkungsversprechen, Hinterlegungsvertrag) genügt noch nicht, um den Eigentumserwerber zum Eigentümer zu machen; der Schuldvertrag gibt nur ein obligatorisches Forderungsrecht auf Verschaffung des Eigentums. Das Eigentum des Erwerbers entsteht erst durch die Besitzübertragung (777).

2. Die Eigentumsübertragung und die Hinterlegung:

Der Abschluss eines Hinterlegungsvertrages bedeutet also

(777) Art. 714 ZGB;
Tuor/Schnyder, S. 583.

nach eben Ausgeführtem nicht schon die Aufgabe des Eigentums an der hinterlegten Sache. Ebenso wenig erwirbt durch diesen Akt der Gläubiger das Eigentum daran. Zum Hinterlegungsvertrag kommt die Uebergabe (traditio) der Hinterlage, zum Beispiel dadurch, dass der Gläubiger sich die Sache von der Hinterlegungsstelle aushändigt lässt.

Anstelle der tatsächlichen Uebergabe genügt auch bereits die Annahmeerklärung des Gläubigers, damit das Eigentum am hinterlegten Gegenstand auf ihn übergeht. Eine körperliche Uebergabe des Gegenstandes braucht in diesem speziellen Fall nicht stattzufinden (778).

Während der Gläubiger den Besitz erworben hat ohne seinen Willen, ja vielleicht sogar ohne sein Wissen - weil nach heutigem Recht ein besonderer Besitzwille nicht erforderlich ist (779) -, erlangt er das Eigentum aber nicht ohne seinen Willen. Hat der Gläubiger den Besitz an der Sache, wenn auch nur mittelbar, so genügt indessen, damit das Eigentum auf ihn übergehe, eine Einigung über den Uebergang desselben. Diese Einigung liegt vor, wenn der Gläubiger der Hinterlegungsstelle die Annahmeerklärung abgibt. Die Willensäusserung des Gläubigers ist Eigentumserwerbswille und macht ihn zum Eigentümer der hinterlegten Sache (780). Mit andern Worten erwirbt der Gläubiger das Eigentum an der für ihn hinterlegten Sache, wenn sie ihm von der Hinterlegungsstelle ausgehändigt wird (781) oder wenn er der Hinterlegungsstelle erklärt, von seinem Recht Gebrauch zu machen. Kommt also vorher der hinterlegende Schuldner in Konkurs, so kann dessen Masse die Einwerfung verlangen (782).

(778) Imboden, S. 61.

(779) Tuor/Schnyder, S. 468.

(780) Imboden, S. 61.

(781) von Tuhr/Escher, S. 79;
Oser/Schönenberger, N 6 zu Art. 92 OR.

(782) Oser/Schönenberger, N 6 zu Art. 92 OR.

§ 21 Die Wirkungen der Hinterlegung im Rechtsverhältnis
zwischen Gläubiger und Hinterlegungsstelle.

A. Allgemeines.

Im dreiseitigen Rechtsverhältnis der Hinterlegung ist die Rechtsbeziehung zwischen dem Gläubiger und der Hinterlegungsstelle die dritte noch zu beschreibende Seite neben dem Grundverhältnis (783) und dem Hinterlegungsverhältnis (784).

B. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und der
Hinterlegungsstelle.

Der Hinterlegungsvertrag zwischen dem Hinterleger und der Hinterlegungsstelle ist gekennzeichnet durch die Eigentümlichkeit, dass zwar durch den Schuldner hinterlegt wird, die Herausgabe der Hinterlage jedoch an den Gläubiger erfolgt (785). Die Hinterlegung erfolgt dabei "für" den Gläubiger und nicht im Namen desselben, sodass er die Herausgabe der Hinterlage selbst verlangen kann.

Im Hinterlegungsvertrag ist nicht auf eine namentlich bestimmte Person als begünstigte aus dem Hinterlegungsvertrag Bezug genommen, sondern es ist eine Person als Gläubiger der zu löschenden Obligation an der Hinterlage berechtigt. Nicht zum Beispiel der X, welcher zur Zeit der Hinterlegung Gläubiger im Hinterlegungsverhältnis war, darf den Herausgabeanspruch geltend machen, sondern X als

(783) vorn, S. 185 ff.

(784) vorn, S. 186 ff.

(785) von Tuhr/Escher, S. 78;
vorn, S. 231 ff.

Gläubiger der betreffenden Obligation, von welcher der Schuldner sich befreien will. In diesem Sinn ist der Anspruch des Gläubigers auf die Hinterlage ein persönliches Recht. Darin zeigt sich auch der Zusammenhang mit dem Grundverhältnis, ähnlich wie beim Rücknahmerecht (786). Ein Hinterlegungsvertrag, welcher dies nicht berücksichtigen würde, hätte im Fall von Veränderungen personeller Natur auf der Gläubigerseite keine befreiende Wirkung (787).

Die Berechtigung des Gläubigers auf Herausgabe der Hinterlage leitet sich nicht aus dem Grundverhältnis (788) ab, sondern ist eine Folge des Hinterlegungsvertrages (789). Ist dieser ungültig oder besteht kein genügender Grund zur Hinterlegung, so kann der Gläubiger sein altes Forderungsrecht geltend machen. Er ist nicht gehalten, sich mit dem Erfüllungssurrogat abzufinden. Nimmt er aber die Hinterlage trotz der Ungültigkeit der Hinterlegung an, so erklärt er sich stillschweigend mit der Umwandlung der Leistung einverstanden und entlässt den Schuldner aus der Schuldpflicht.

C. Der Herausgabeanspruch.

I. Die Grundlagen.

Die wesentliche Wirkung der Hinterlegung im Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Hinterlegungsstelle ist der Her-

(786) vorn, S. 220.

(787) Biedermann, S. 212.

(788) vorn, S. 185.

(789) Biedermann, S. 213;
Portmann, S. 20.

ausgabeanspruch des Gläubiger.

Der Herausgabeanspruch ist ein Ausfluss der rechtlichen Konstruktion der Hinterlegung als Vertrag zugunsten Dritter. Daraus erhält der Gläubiger als Dritter einen unmittelbaren selbständigen klagbaren Anspruch auf die Hinterlage (790). Nach dem Zweck des Vertrages zugunsten Dritter soll er selbständig Erfüllung fordern können (791).

II. Der Herausgabeanspruch als unmittelbarer und selbständiger Anspruch.

Ausgenommen im Fall der Hinterlegung als Erfüllung, da die Hinterlegung eigentlicher Vertragsinhalt ist, folgt aus der Konstruktion der Hinterlegung als Vertrag zugunsten Dritter, dass der Gläubiger den Herausgabeanspruch unmittelbar mit dem Abschluss des Hinterlegungsvertrages erwirbt. Das ist selbst dann der Fall, wenn er noch gar keine Kenntnis von der Hinterlegung hat oder wenn die Hinterlegung gegen seinen Willen erfolgt (792).

Durch die Hinterlegung tritt an die Stelle des alten Forderungsrechtes des Gläubigers ohne dessen Mitwirkung der Herausgabeanspruch gegen die Hinterlegungsstelle. Und zwar wird der Gläubiger Begünstigter des Hinterlegungsvertrages bereits mit dessen Abschluss und nicht erst mit der Anzeige an ihn, da diese ja in vielen Fällen gar nicht möglich ist. Dabei gilt es beim Herausgabeanspruch zwei verschiedene Zeitpunkte zu unterscheiden. Das Recht des Gläubigers wird unentziehbar, wenn der Schuldner den Leistungsgegenstand

(790) Imboden, S. 20.

(791) Becker, N 13 zu Art. 92/94 OR.

(792) Portmann, S. 20.

nicht mehr zurücknehmen kann. Geltend machen darf der Gläubiger sein Recht erst, wenn er allen seinen Pflichten nachgekommen ist. Und zudem muss er noch seine alleinige Berechtigung an der Hinterlage im Prozess vor dem ordentlichen Richter nachweisen.

Auch bei der Hinterlegung als Sicherstellung ist ein Rücknahmerecht des Gläubigers, der sich die Hinterlegung ausbedungen hat, nicht ausgeschlossen. Dieser Rücknahmeanspruch richtet sich jedoch nach der rechtlichen Stellung, die der Gläubiger im Hinterlegungsverhältnis zum Beispiel als Sicherheitsleistender einnimmt.

III. Die Klagbarkeit des Anspruches.

1. Allgemeines:

Die Klage auf Herausgabe der Hinterlage hat bei der Hinterlegung als Sicherstellung einerseits die Klage des Hinterlegers zum Inhalt, anderseits die Klage der Partei, zu deren Gunsten die Sicherstellung erfolgt ist. Die Herausgabe ist allgemein erst nach dem gewonnenen Prozess um die Betterberechtigung möglich, d.h. es muss der rechtskräftige Entscheid des im Anschluss an das Vorverfahren der gerichtlichen Hinterlegung stattfindenden Verfahrens vor dem ordentlichen Richter ergangen sein, bevor der Gläubiger die Herausgabe der Hinterlage fordern kann.

2. Der Gerichtsstand:

Für hinterlegte Sachen besteht nach der Zürcher Zivilprozessordnung (793) ein besonderer Gerichtsstand am Ort der ge-

richterlichen Anordnung der Hinterlegung.

Die Klage ist nicht bei der Hinterlegungsstelle direkt anhängig zu machen, sondern am Ort des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren, der die Hinterlegung bewilligt hat, da die Hinterlegungsstelle, ob öffentlich (z.B. die Gerichtskasse) oder privat (z.B. eine Bank), erst und ausschliesslich auf richterliche Anordnung hin tätig wird.

Die besondere Ueberwachungsfunktion des Einzelrichters, die namentlich mit dem Ziel besteht, eine beförderliche Freigabe herbeizuführen, schliesst nicht aus, dass der ordentliche Richter im Urteil über den Streit um die Hinterlage selbst unmittelbar die Freigabe anordnet (794).

LEBENS LAUF

Geboren am 24. Februar 1951 in Winterthur, besuchte ich daselbst die Primarschule und das Gymnasium.

Im Herbst 1970 legte ich die Matura-Prüfung ab und leistete anschliessend während rund zwei Jahren Militärdienst.

Von 1972 bis 1976 absolvierte ich an den Universitäten von Zürich und Fribourg das Studium, welches im Herbst 1976 mit dem Lizentiat einen vorläufigen Abschluss fand.

In den Jahren 1977 bis 1979 war ich als Auditor und Substitut am Bezirksgericht Zürich tätig.

Am 16. Dezember 1978 erwarb ich das Rechtsanwaltspatent des Kantons Zürich.

Der Beginn der vorliegenden Arbeit fällt in den Monat September 1979.

Seit 1980 arbeite ich als juristischer Sekretär in der Kantonalen Verwaltung.

Mit der Promotion ist das Studium am 27. Mai 1981 nunmehr endgültig abgeschlossen worden.



I have got the doctor

